# PRINCIPES

DE

# DROIT CIVIL

PAR

**F. LAURENT,**

PROFESSEUR A L'UNIVERSITÉ DE GAND.

---

Ouvrage couronné au concours quinquennal des sciences morales et politiques.

---

TOME DIXIÈME.

(3e ÉDITION.)




BRUXELLES.

BRUYLANT-CHRISTOPHE & Cie, LIBRAIRES-ÉDITEURS,

RUE BLAES, 33

---

1878

# TITRE II.

**DES SUCCESSIONS (suite).**

---

## CHAPITRE IX.

**OBLIGATIONS DE L'HÉRITIER.**

---

### SECTION I. — Principes généraux.

**1.** Aux termes de l'article 724, les héritiers saisis sont tenus d'acquitter toutes les charges de la succession, les dettes et les legs, et ils en sont tenus *ultra vires*. C'est une conséquence du principe que l'héritier continue la personne du défunt et que leurs patrimoines se confondent. Une autre conséquence de la confusion des patrimoines est que les créanciers du défunt deviennent les créanciers personnels de l'héritier, lequel ne fait qu'un avec le défunt qu'il représente. La confusion des patrimoines et les conséquences qui en découlent n'ont rien de désavantageux pour l'héritier, ni pour les créanciers du défunt, lorsque la succession est bonne et que l'héritier est solvable. Qu'importe que l'héritier soit tenu indéfiniment des dettes du défunt, si celui-ci laisse des biens plus que suffisants pour les acquitter? Et si l'héritier est solvable, les créanciers du défunt acquièrent une nouvelle garantie. Mais les

résultats sont tout différents, d'abord pour l'héritier, si la succession est mauvaise : il devra payer sur son propre patrimoine les dettes du défunt, il sera donc en perte. La loi a prévu cet inconvénient, en donnant au successible la faculté d'accepter l'hérédité sous bénéfice d'inventaire. Nous avons dit quelles sont les conditions sous lesquelles le successible jouit du bénéfice d'inventaire; il nous reste à exposer les effets de l'acceptation bénéficiaire. Les créanciers du défunt peuvent également se trouver en perte lorsque les biens qu'il délaisse suffiraient pour les payer intégralement, tandis que l'héritier, dont ils deviennent les créanciers, est insolvable : s'il y a un actif héréditaire de 100,000 francs et un passif de 100,000, et que l'héritier ait 100,000 francs de dettes et seulement un avoir de 50,000, il est évident que la confusion des deux patrimoines aura pour résultat que les créanciers du défunt ne seront pas payés intégralement. La loi vient à leur secours en leur permettant de demander la *séparation des patrimoines*.

La confusion des patrimoines a aussi un effet quant aux créanciers de l'héritier. Ils peuvent exercer leurs droits sur les biens de l'hérédité, puisque ces biens sont confondus avec ceux de leur débiteur, et tous les biens du débiteur sont le gage de ses créanciers. Si la succession est bonne, la confusion leur est avantageuse, puisque la fortune de leur débiteur augmente. Mais si la succession est mauvaise, le concours des créanciers du défunt sur les biens de l'héritier leur fera perdre une partie de leurs créances, en supposant que la fortune de l'héritier ne suffise pas pour payer intégralement ses dettes et celles du défunt. Ils auraient donc intérêt à demander la séparation des patrimoines; mais la loi ne leur accorde pas ce droit; nous en dirons la raison plus loin.

**2.** Il nous reste à remarquer que la confusion de patrimoines suppose que la succession est acceptée par un héritier légitime; car lui seul est saisi, lui seul continue la personne du défunt. Les successeurs irréguliers ne sont que des successeurs aux biens; comme ils ne continuent pas la personne du défunt, les deux patrimoines ne se

confondent point. De là suit que les conséquences qui résultent de la confusion des patrimoines n'existent pas dans les successions irrégulières. D'une part, les successeurs irréguliers ne sont pas tenus des dettes *ultra vires*, ils n'ont donc pas besoin d'accepter sous bénéfice d'inventaire. D'autre part, les biens héréditaires n'entrent dans leur patrimoine que déduction faite des dettes; donc les créanciers du défunt n'ont pas besoin de demander une séparation de patrimoines qui existe de plein droit. Plusieurs de ces propositions sont controversées; nous y reviendrons. Ce que nous allons dire de la *séparation des patrimoines* et du *bénéfice d'inventaire* ne s'applique, dans notre opinion, qu'aux héritiers légitimes.

### SECTION II. — De la séparation des patrimoines (1).

#### § Ier. *Qui peut demander la séparation?*

**3.** Aux termes de l'article 878, « les créanciers de l'hérédité peuvent demander, dans tous les cas, et contre tout créancier, la séparation du patrimoine du défunt d'avec le patrimoine de l'héritier. » Nous avons dit dans quel cas les créanciers du défunt ont intérêt à demander la séparation des patrimoines (n° 1). Quel est le motif juridique du droit que la loi leur accorde? Ce n'est pas l'intérêt, car les créanciers de l'héritier seraient aussi intéressés à demander la séparation des patrimoines, et cependant la loi leur refuse ce droit (art. 881). Pothier dit que le droit des créanciers héréditaires est fondé sur un principe tiré de la nature des choses. Les créanciers de l'héritier ne peuvent avoir plus de droit sur les biens de leur débiteur que le débiteur n'en a lui-même; or, l'héritier ne prend les biens de la succession qu'à la charge d'en acquitter les dettes; donc les créanciers de l'héritier doivent aussi souf-

(1) Sources : Blondeau, *Traité de la séparation des patrimoines*, Paris, 1840, 1 vol. in-8°; Dufresne, *Traité de la séparation des patrimoines*, Paris, 1842, 1 vol. in-8°; Barafort, *Traité théorique et pratique de la séparation des patrimoines*, 2e édition, Paris, 1867, 1 vol. in-8°; Dubreuil, *Essai sur la séparation des patrimoines;* Dollinger, *Traité de la séparation des patrimoines;* Masson, *Etude sur la séparation des patrimoines*.

frir que les dettes, les legs et autres charges de ces biens soient acquittés sur ces biens avant qu'ils puissent se venger dessus. C'est ce qu'opère la séparation des biens de la succession d'avec ceux de l'héritier que les créanciers et légataires de la succession ont droit d'obtenir du juge (1).

Il nous semble que ce motif, répété par tous les auteurs (2), ne justifie pas suffisamment la séparation des patrimoines. Pour mieux dire, il prouve trop : d'après ce que dit Pothier, la séparation devrait exister de droit, sans qu'elle soit demandée, car il est de droit que l'héritier n'est saisi des biens du défunt que sous l'obligation d'acquitter toutes les charges de la succession (art. 724); cependant Pothier dit que la séparation doit être demandée au juge. C'est donc une exception au droit commun, en un certain sens, plutôt que l'application du droit commun. Il est très-vrai que l'héritier est obligé de payer les dettes de la succession, mais il les paye sur ses biens, et dans ces biens se trouvent compris ceux du défunt, par suite de la confusion des patrimoines, laquelle est de droit commun. C'est par dérogation à cette confusion du patrimoine du défunt avec le patrimoine de l'héritier, que les créanciers héréditaires demandent que ces deux patrimoines soient séparés. La question est de savoir si cette exception est fondée en droit. Le vrai fondement de l'exception, c'est le principe formulé par les articles 2092 et 2093. Celui qui oblige sa personne oblige ses biens; par suite les biens du débiteur sont le gage de ses créanciers. Or, les créanciers de la succession ont traité avec le défunt, ils avaient donc pour gage les biens du défunt. N'est-il pas juste que ce gage, sur lequel ils comptaient en contractant, leur reste? La mort du débiteur peut-elle changer les droits de ses créanciers en leur enlevant tout ou partie du gage qui leur était acquis? Acquis, c'est trop dire, car le débiteur pouvait aliéner ses biens, et à sa mort la loi en transporte la priété à ses héritiers. D'après la rigueur du droit, les

(1) Pothier, *Des successions*, art. V (t. VIII, p. 219 de l'édition de Bugnet).
(2) Chabot, t. II, p. 615, n° 1 de l'article 778; Duranton, t. VII, p. 653, n^os^ 463-465; Demolombe, t. XVII, p. 114, n° 99.

créanciers changent donc de débiteur; ils n'ont pas la succession pour débitrice, c'est l'héritier qui devient leur débiteur; mais ce débiteur pouvant être insolvable, tandis que le défunt laisse des biens suffisants pour acquitter toutes ses dettes, l'équité exige que les biens, qui étaient le gage des créanciers pendant la vie du débiteur, restent leur gage après sa mort. Voilà l'objet et la justification de la séparation des patrimoines.

4. L'article 881 dit que « les créanciers de l'héritier ne sont point admis à demander la séparation des patrimoines contre les créanciers de la succession. » Quel est le motif de cette disposition que les auteurs du code civil ont empruntée au droit romain? La raison en est, dit-on, que les créanciers de l'héritier ne peuvent pas empêcher que leur débiteur ne contracte de nouvelles dettes; les nouveaux créanciers sont placés sur la même ligne que les anciens; or, en acceptant une succession purement et simplement, l'héritier devient le débiteur des créanciers héréditaires; par suite ces créanciers ont les mêmes droits que les créanciers personnels de l'héritier. Vainement invoque-t-on l'équité; les jurisconsultes romains répondent que les créanciers de l'héritier ont eu tort de contracter avec une personne assez imprudente pour accepter une succession onéreuse (1).

Les auteurs du code se sont écartés en ce point de l'ancienne jurisprudence. Domat, cet esprit si judicieux, n'admettait pas la doctrine romaine; il la traite de subtilité, et il n'a pas tort. Il est très-vrai que le débiteur peut toujours contracter de nouvelles dettes et que les créanciers doivent s'y attendre. Mais cela n'est vrai que dans une certaine mesure. Peuvent-ils prévoir que leur débiteur, en acceptant une succession onéreuse, contractera en un seul instant des dettes qui vont absorber tout son patrimoine? Domat n'a-t-il pas raison de dire que le principe qui permet au débiteur de contracter de nouvelles dettes, ne doit pas être tiré à une pareille conséquence?

(1) « *Sibi imputent qui cum tali contraxerint.* » L. 1, § 5, D., *de separat.* (XLII, 6). Duranton, t. VII, p. 689, n° 502. Chabot, t. II, p. 647, n° 1 de l'article 881.

Aussi, malgré l'autorité dont jouissait le droit écrit, l'usage s'était écarté en ce point de la rigueur romaine. C'était une protestation du bon sens et de l'équité contre le droit strict; nous nous étonnons que Pothier, qui aimait à suivre l'équité, se soit prononcé contre la tradition coutumière (1). Sans doute, le droit strict est contre les créanciers de l'héritier, mais il est aussi contre les créanciers du défunt; puisqu'on y dérogeait en faveur des créanciers de la succession, on devait accorder le même bénéfice aux créanciers de l'héritier. Les auteurs du code ont innové, sans que nous sachions le motif qui les y a engagés. Il faut avouer que les orateurs du gouvernement parlent parfois avec une grande légèreté. Treilhard dit dans l'Exposé des motifs qu'il n'a rien à dire sur la séparation des patrimoines, parce que le projet proposé n'a rien que de conforme à ce qui s'est pratiqué jusqu'à ce jour (2); le législateur innovait donc sans s'en douter. On voit que la science serait bonne à quelque chose.

**5.** Les légataires ont le même droit que les créanciers du défunt. Il est vrai qu'au titre des *Successions* la loi ne les mentionne pas; mais cet oubli a été réparé par l'article 2111, qui met les légataires sur la même ligne que les créanciers. C'était un oubli au point de vue de la doctrine romaine; d'après les vrais principes, on aurait dû refuser aux légataires le bénéfice de la séparation. On ne peut certes pas dire d'eux qu'ils ont traité avec le défunt; leur droit consiste dans une pure libéralité. Il est certain encore que la position des créanciers de l'héritier est plus favorable que celle des légataires. Il y a plus : le code civil accordait aux légataires une hypothèque légale (article 1017); le droit de préférence qui en résultait sur les créanciers chirographaires de l'héritier rendait à peu près inutile la séparation des patrimoines. Le législateur s'est laissé entraîner à tort par l'autorité du droit romain.

**6.** La faculté que le code donne aux créanciers et léga-

(1) Domat, *Lois civiles*, livre III, titre II, Préambule (p. 230). Comparez Nicias-Gaillard, *De la séparation des patrimoines*, dans la *Revue critique de jurisprudence*, t. VIII, p. 200, n° 6.
(2) Treilhard, Exposé des motifs, n° 35 (Locré, t. V, p. 100).

taires est un droit individuel, c'est-à-dire que chaque créancier et chaque légataire peut l'exercer en son nom propre. Il n'en était pas de même en droit romain : la séparation supposait la déconfiture de l'héritier et l'envoi de ses créanciers en possession de ses biens. C'est donc au moment où l'on allait vendre les biens de l'héritier, y compris ceux qui provenaient de l'hérédité, que les créanciers héréditaires intervenaient pour demander que les deux patrimoines fussent vendus séparément (1). Ainsi l'action des créanciers était collective, comme elle l'est aujourd'hui en matière de faillite. D'après le code civil, chacun des créanciers agit individuellement dans son intérêt. L'action collective avait ses avantages; elle garantissait les intérêts de tous les créanciers et légataires ; mais elle aurait eu, en droit français, de graves inconvénients. Que ferait-on si les créanciers ne s'accordaient pas? la minorité devrait-elle céder à la majorité, comme en cas de faillite? ou conserverait-elle ses droits? Dans la dernière hypothèse, on revient au système de l'action individuelle. Dans la première, on soumet l'héritier au régime de la faillite, alors que peut-être il n'est pas insolvable. En effet, la séparation des patrimoines suppose bien l'insolvabilité de l'héritier, mais la loi n'en fait pas une condition pour l'exercice du droit des créanciers. En définitive, la loi s'en rapporte aux parties intéressées : chacun veille à ses intérêts comme il l'entend (2).

**7.** L'article 878 dit que les créanciers peuvent demander la séparation *dans tous les cas*. Ces termes sont considérables. Il en résulte que la loi doit être interprétée dans le sens le plus large. Quant aux créanciers du défunt, cela ne fait aucun doute. Il a été jugé que les créanciers peuvent demander la séparation des patrimoines quand même leur droit serait conditionnel ou à terme (3). C'est une mesure conservatoire, il faut donc que la loi la

(1) L. 1, § 1, D., *de separat.* (XLII, 6). Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, p. 529, n° 760.
(2) Blondeau, *De la séparation des patrimoines*, p. 485.
(3) Voyez les arrêts rapportés par Dalloz, au mot *Succession*, n° 1398, et Orléans, 15 juin 1861 (Dalloz, 1861, 2, 151).

permette à tous ceux qui ont des intérêts à conserver. Il n'y a pas à distinguer non plus entre les créanciers chirographaires et les créanciers hypothécaires. Ce sont les créanciers chirographaires qui ont le plus d'intérêt à demander la séparation des patrimoines, parce qu'ils risquent d'être primés par les hypothèques que l'héritier a consenties ou peut consentir; quant à leur droit, il est évident; comme le dit Domat, le simple effet de leur créance les fait préférer, sur les biens de leur débiteur, aux créanciers de l'héritier, envers qui le défunt n'était point obligé. Par contre, on pourrait croire que les créanciers hypothécaires n'ont aucun intérêt à demander la séparation; la date de leur hypothèque assure leurs droits contre les hypothèques que l'héritier consentirait. Il est certain que si l'inscription leur donne un rang utile pour toute leur créance, ils sont sans intérêt, car la mort du débiteur ne change rien à leurs droits (1). Il en est autrement, comme nous le dirons plus loin, lorsque les créanciers hypothécaires ne sont pas entièrement désintéressés, c'est-à-dire si, pour une partie de leur créance, ils sont sur la même ligne que les créanciers chirographaires. Et comme ce n'est qu'après la vente des biens hypothéqués et la distribution des deniers qu'ils savent quelle est leur position, ils ont toujours un intérêt éventuel à recourir à la mesure conservatoire de la séparation, et un droit éventuel suffit pour qu'ils aient la faculté d'agir (2).

**8.** L'héritier qui était créancier du défunt peut-il demander la séparation des patrimoines contre ses propres créanciers? Il faut voir d'abord s'il reste créancier. En acceptant l'hérédité purement et simplement, la confusion des patrimoines éteint ses créances pour le tout, s'il est seul héritier, et pour sa part héréditaire, s'il a des cohéritiers. Cette extinction par voie de confusion subsiste-t-elle lorsqu'il y a séparation des patrimoines? L'affirmative ne nous paraît pas douteuse; en effet, la séparation n'est de-

(1) C'est en ce sens qu'il faut entendre l'arrêt de Grenoble du 18 mars 1854 (Dalloz, 1855, 2, 93).

(2) Zachariæ, édition d'Aubry et Rau, t. IV, p. 317 et note 4 du § 618; Demolombe, t. XVII, p. 123, nº 107 et les auteurs qu'ils citent.

mandée que contre les créanciers de l'héritier, et elle n'a d'effet que contre eux; donc on ne peut s'en prévaloir contre l'héritier, et l'héritier ne peut s'en prévaloir. Est-il seul héritier, sa créance est éteinte; a-t-il des cohéritiers, elle est éteinte pour sa part héréditaire, et elle subsiste pour l'excédant. Dès lors rien n'empêche l'héritier de demander la séparation. Cela paraît très-singulier; l'héritier créancier de la succession demande la séparation contre ceux dont il est débiteur; peut-il leur enlever un droit qu'ils tiennent de l'acceptation pure et simple qu'il a faite de l'hérédité? A vrai dire, l'héritier, dans l'espèce, a deux qualités; comme débiteur, il ne peut porter aucune atteinte aux droits de ses créanciers; mais il est aussi créancier de la succession, et comme tel il doit avoir les droits qui appartiennent à tous les créanciers (1).

**9.** Un héritier paye les créanciers héréditaires, tant pour son compte que pour celui de ses cohéritiers; peut-il demander la séparation du chef des créanciers qu'il a désintéressés? Cela suppose qu'il s'est fait subroger à leurs droits; la subrogation de plein droit n'existe qu'au profit de l'héritier bénéficiaire qui paye les créanciers avec ses deniers (art. 1251, n° 4). Il a été jugé que s'il demande la séparation, on peut lui opposer une fin de non-recevoir, tant que la liquidation de la succession n'est pas achevée. Dans l'espèce, l'héritier qui avait payé les créanciers héréditaires s'était nanti de valeurs provenant de la succession sans avoir dressé inventaire; il était donc incertain s'il était ou non créancier; or, la première condition requise pour agir en séparation, c'est d'être créancier. Voilà pourquoi la cour d'appel déclara l'héritier non recevable jusqu'à la fin de la liquidation, et en jugeant ainsi, elle ne compromettait pas ses intérêts (2). Il ne faut pas confondre ce cas avec celui d'une créance conditionnelle. Le créancier sous condition a une créance certaine dans le cas où

(1) Duranton, t. VII, p. 658, n° 472. Demante, t. III, p. 345, n° 320 *bis* IV. Chabot, t. II, p. 618, n° 5 de l'article 878; Zachariæ, t. IV, p. 317, note 5; Demolombe, t. XVII, p. 126, n° 111. Barafort, p. 44, n° 24. Il y a un arrêt en ce sens (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1400).

(2) Arrêt de rejet de la chambre civile du 3 février 1857 (Dalloz, 1857, 1, 49).

la condition s'accomplit; et la loi lui permet de faire tous les actes conservatoires de son droit pendant que la condition est en suspens (art. 1180); tandis que, dans l'espèce, la créance était incertaine, puisque la liquidation seule devait établir si l'héritier était réellement créancier.

## § II. *Contre qui la séparation peut-elle ou doit-elle être demandée?*

**10.** Le texte semble décider la question; en effet, l'article 878 dit que les créanciers du défunt peuvent demander la séparation contre *tout créancier* de l'héritier; et cette disposition n'a fait que reproduire un principe traditionnel. La séparation des patrimoines a pour objet de maintenir aux créanciers du défunt le gage qu'ils avaient sur ses biens, en empêchant les créanciers de l'héritier de concourir avec eux sur ce patrimoine. Puisque la séparation est dirigée contre les créanciers de l'héritier, c'est contre eux que la demande doit être formée; en ce sens, Domat disait que la séparation avait lieu *entre les créanciers* de l'héritier et ceux du défunt (1). Cependant ce point a donné lieu à de longues controverses, et il y a des doutes sérieux.

Une chose est certaine, c'est que les créanciers du défunt n'ont pas besoin de demander la séparation pour régler leurs rapports avec l'héritier. La cour de cassation l'a jugé ainsi dans une espèce remarquable. Un père institue son fils légataire universel avec charge de conserver la quotité disponible et de la rendre à ses enfants. Les intérêts des sommes comprises dans la substitution devaient être perçus par le légataire, à titre de pension alimentaire, et comme tels le testateur les déclarait incessibles et insaisissables. Comme il y avait des dettes, il fallut vendre des immeubles de la succession. Le juge-commissaire classa les créanciers dans l'ordre suivant : d'abord les créanciers hypothécaires du défunt, puis les créanciers hypothécaires de l'héritier, et en dernier lieu les créanciers chirogra-

(1) Demolombe, t. XVII, p. 131, nº 117.

phaires de l'un et de l'autre; ceux-ci n'étaient même colloqués qu'éventuellement pour le cas où le grevé de substitution mourrait sans enfant. Cette collocation éventuelle, qui paraît étrange au premier abord, était très-juste en ce qui concerne les créanciers de l'héritier. En effet, le défunt avait légué son disponible avec charge de substitution, en déclarant les revenus mêmes insaisissables; il en avait le droit; les créanciers de l'héritier ne pouvaient donc avoir, pendant la durée de la charge, aucune action sur ces biens; leur collocation ne pouvait être qu'éventuelle. Mais la position des créanciers du défunt était tout autre. Les biens légués étaient leur gage, gage que le testateur ne pouvait leur enlever; ils pouvaient par conséquent saisir immédiatement les biens, et ils devaient être colloqués de suite. Ce qui avait déterminé le juge-commissaire et, à sa suite, le tribunal et la cour à ne les colloquer qu'éventuellement, c'est que les créanciers du défunt n'avaient pas demandé la séparation des patrimoines, ils étaient donc simples créanciers chirographaires du légataire universel. Ici était l'erreur que la cour de cassation réforma. Sans doute, les créanciers du défunt, n'ayant pas demandé la séparation des patrimoines, n'avaient aucune préférence à l'égard des créanciers de l'héritier; mais, dans l'espèce, ceux-ci n'étaient pas en cause, puisqu'ils étaient seulement colloqués éventuellement; les créanciers du défunt étaient donc en face de l'héritier, et il fallait décider qu'à l'égard de l'héritier, ils n'avaient pas besoin de demander la séparation des patrimoines : ils exerçaient leurs droits de créanciers personnels (1).

**11**. Autre est la question de savoir contre qui la demande en séparation peut ou doit être formée. Est-ce nécessairement contre les créanciers de l'héritier? Il y a un arrêt en ce sens, et d'excellents esprits se sont prononcés en faveur de cette opinion (2). Elle paraît résulter de la

Arrêt de cassation du 17 mars 1856 (Dalloz, 1856, 1, 152). L'arrêt est très-bien expliqué par Nicias-Gaillard, qui avait donné des conclusions conformes comme avocat général (*Revue critique de jurisprudence*, t. VIII, p. 193, nº 1).

(2) Poitiers, 8 août 1828 (Dalloz, au mot *Succession*, nº 1412). Aubry et Rau sur Zachariæ, t. IV, p. 319, note 12 du § 618.

nature même de la séparation des patrimoines : puisque c'est une préférence que les créanciers du défunt veulent exercer contre les créanciers de l'héritier, n'est-il pas logique qu'elle soit demandée contre les créanciers qui sont intéressés à la combattre? C'est ce que dit le texte de l'article 878, et nous devons respecter le texte quand il est en harmonie avec l'esprit de la loi. La séparation des patri moines doit donc être demandée, en principe, contre les créanciers de l'héritier. Et si elle est ainsi formée, celui-ci ne peut certes s'y opposer; car les créanciers du défunt usent d'un droit, et ils l'exercent conformément à la loi (1). Les créanciers eux-mêmes ne pourraient s'y opposer que si les demandeurs étaient sans titre; et si, sans droit aucun, de prétendus créanciers du défunt voulaient saisir les biens de la succession, alors certainement l'héritier pourrait s'y opposer, car ces biens lui appartiennent. Cela suffit pour sauvegarder ses droits; quant à la préférence que les créanciers du défunt exercent sur ses propres créanciers, elle ne donne aucun droit sur ses biens, donc il n'a aucun intérêt à s'y opposer.

Est-ce à dire que la demande ne peut jamais être exercée contre l'héritier, et que, si elle l'était, le jugement obtenu contre lui ne pourrait être opposé à ses créanciers? Il y a un arrêt qui paraît l'avoir décidé ainsi, mais comme il est fondé sur les circonstances particulières de la cause, on ne peut y attacher une grande autorité (2). Remarquons d'abord que l'article 878 ne dit pas que la demande *doit* être formée contre les créanciers de l'héritier; il n'y a rien de restrictif dans les termes de la loi (3). Ensuite il faut tenir compte de la nature particulière de l'action : on peut dire que la séparation est de droit, en ce sens que dès qu'elle est demandée, elle doit être prononcée. C'est une simple formalité; le seul point qui puisse faire l'objet d'un débat, c'est la question de savoir si les demandeurs sont créanciers. Or, l'héritier a certes qualité et intérêt pour contester ce fait, puisque les créanciers du défunt sont aussi ses

(1) Bordeaux, 11 décembre 1834 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1414).
(2) Bruxelles, 29 juillet 1843 (*Pasicrisie*, 1844, 2, 290).
(3) Paris, 16 décembre 1848 (Dalloz, 1849, 2, 121).

créanciers. Il est, sous ce rapport, le représentant de ses créanciers. A ce titre, il peut défendre à la demande en séparation (1). Cependant nous ne voudrions pas décider que l'action peut être intentée indifféremment contre l'héritier ou contre ses créanciers. Il a été jugé que la séparation ne peut être demandée contre l'héritier que lorsque les créanciers sont inconnus (2). Nous croyons que telle est la vraie doctrine. On objecte que s'il n'y a pas de créanciers connus, il n'y a pas lieu de demander la séparation, puisque ce bénéfice suppose un danger qui menace les créanciers du défunt par suite du concours des créanciers de l'héritier; donc, dit-on, tant que ceux-ci ne se présentent pas, la séparation n'a point de raison d'être. L'objection dépasse la loi, et ne tient pas compte des conditions auxquelles la demande est subordonnée. L'article 878 dit que la séparation peut être demandée *dans tous les cas*. On ne doit donc pas limiter le droit des créanciers au cas où les créanciers du défunt saisissent les biens de la succession. S'ils ne le font pas aujourd'hui, ils peuvent le faire demain. Que si les créanciers de l'héritier ne sont pas connus, est-ce une raison d'attendre qu'ils se fassent connaître? Cela pourrait compromettre les droits des créanciers héréditaires; en effet, après trois ans, ils ne peuvent plus demander la séparation quant aux meubles, et, d'après l'article 880, la séparation ne peut être exercée après l'aliénation des immeubles. Les créanciers sont donc intéressés à former leur demande de suite. C'est une mesure conservatoire; ces mesures ne comportent pas de délai et ne causent de préjudice à personne (3).

Il y a encore une difficulté, et c'est le point le plus douteux, à notre avis. On suppose qu'il n'y a pas de créanciers lors de l'ouverture de l'hérédité; les créanciers du défunt pourront-ils néanmoins demander la séparation des patrimoines contre l'héritier? L'affirmative a été jugée, par la

(1) Paris, 15 novembre 1856 (Dalloz, 1857, 2, 195).
(2) Paris, 31 juillet 1852 (Dalloz, 1853, 2, 33).
(3) Nancy, 14 février 1833 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1411, 1°). Comparez Belost-Jolimont sur Chabot, t. II, p. 629, note 5. Zachariæ, édition de Massé et Vergé, t. II, p. 331, note 10. Barafort, *De la séparation des patrimoines*, p. 74, n° 42.

raison que si l'héritier n'a point de créanciers, il peut contracter des dettes d'un jour à l'autre(1). On invoque les termes absolus de l'article 878, *dans tous les cas;* on se prévaut du danger que les dettes futures feraient courir aux créanciers s'ils ne demandaient pas de suite la séparation. Nous répondons que le texte de la loi n'est pas aussi absolu qu'on le prétend; il dit bien que les créanciers du défunt peuvent, dans tous les cas, demander la séparation, mais il ajoute *contre les créanciers de l'héritier*. Conçoit-on une demande en préférence, alors qu'il n'y a pas de créanciers contre lesquels la préférence puisse être exercée? Vainement dit-on qu'il pourra y en avoir. La séparation n'est pas un remède contre les dangers futurs; elle suppose qu'il y a un danger actuel résultant de la confusion des patrimoines. Il faudrait un texte, nous semble-t-il, pour donner une action à raison d'un danger futur; d'autant plus que l'action intentée contre l'héritier peut nuire à son crédit, car la demande implique qu'il est insolvable ou qu'il menace de le devenir.

**12**. L'article 878 dit que la séparation peut être demandée contre *tout* créancier. Cela veut dire que la séparation doit être prononcée sur la demande des créanciers du défunt, quelque favorable que soit la créance du défendeur, fût-elle privilégiée. Il ne s'agit pas ici d'une préférence fondée sur la nature plus ou moins favorable des créances; si les créanciers du défunt l'emportent sur les créanciers de l'héritier, c'est uniquement à raison de leur origine, c'est parce que les biens du défunt étaient leur gage, et leur appartenaient en ce sens, avant que les créanciers de l'héritier eussent acquis un droit sur ces biens; peu importe donc que les créances du défunt soient simplement chirographaires, tandis que les créanciers de l'héritier sont hypothécaires ou privilégiés (2). Cette proposition a été contestée par Dufresne; ce qui lui a attiré le reproche de se mettre en dehors de la loi, c'est-à-dire

(1) Paris, 28 avril 1865 (Dalloz, 1867, 2, 156). Liége, 17 mars 1869 (*Pasicrisie*, 1869, 2, 124).

(2) Zachariæ, édition d'Aubry et Rau, t. IV, p. 320 et note 15, et les auteurs qui y sont cités.

de la faire (1). Nous prenons acte du reproche; celui-là même qui le fait le mérite très-souvent. Ce n'est pas pour le plaisir de critiquer que nous ajoutons cette réflexion; il y a une tendance générale chez les auteurs modernes à se mettre au-dessus de la loi, non pas ouvertement, mais en lui faisant dire le contraire de ce qu'elle dit. Les derniers venus sont disposés à chercher des nouveautés, afin de se distinguer de leurs prédécesseurs : il faut se garder de cet écueil Notre science est une science traditionnelle qui comporte très-peu d'innovations. Ce qui importe, c'est, au contraire, de ramener les nouvelles difficultés qui se présentent aux anciens principes. Le code est toujours le même, et l'interprète n'a pas le droit de le changer. Dans l'espèce, il ne peut y avoir aucun doute sur le sens de la loi, elle est conçue dans les termes les plus absolus : la séparation peut être demandée contre *tout créancier;* la tradition nous apprend qu'elle pouvait même être demandée contre le fisc, donc contre les créanciers quels qu'ils soient, comme dit Pothier (2).

L'article 878 ne dit pas contre *tous les créanciers*. Nous avons dit que le droit de demander la séparation est un droit individuel (n° 6); il est aussi individuel en ce sens qu'il peut être exercé contre tels créanciers de tel héritier, et non contre les créanciers d'un autre héritier (3). Cela est très-logique. L'un des héritiers peut être solvable, un autre peut être insolvable; d'un autre côté, les dettes de l'un peuvent être modiques et les dettes d'un autre considérables; il fallait donc laisser aux créanciers du défunt la faculté d'agir selon que leurs intérêts sont menacés ou ne le sont pas.

**13.** Si l'héritier vend l'hérédité, les créanciers du défunt pourront-ils former leur demande soit contre l'héritier vendeur ou ses créanciers, soit contre le cessionnaire et ses créanciers? La question est controversée. Pour la

(1) Dufresne, *De la séparation des patrimoines*, n° 46. En sens contraire, Demolombe, t. XVII, p. 135, n° 119.
(2) L. 1, § 4, D., XLII, 3. Pothier, *Des successions*, chapitre V, art. 4.
(3) Duranton, t. VII, p. 655, n^os^ 466-468. Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, p. 529, n° 760.

décider, il faut appliquer le principe fondamental en cette matière : la séparation est une préférence entre créanciers, il faut donc d'abord qu'il y ait concours de créanciers. Or, par l'effet de la cession, les créanciers chirographaires du cédant n'ont plus aucun droit sur les biens qui composent l'hérédité, il ne peut donc pas y avoir de conflit entre eux et les créanciers du défunt. Il en serait autrement si l'héritier avait concédé des hypothèques sur les biens héréditaires; le conflit existerait dans ce cas; naît alors la question de savoir si les créanciers du défunt peuvent demander la séparation. L'héritier qui vend l'hérédité reste héritier, en ce sens qu'il ne peut se dégager des obligations qu'il a contractées à l'égard des créanciers du défunt en acceptant purement et simplement la succession; l'action pourrait donc être dirigée contre lui ou contre ses créanciers. Mais voici la raison de douter : le cédant ne possède plus les biens héréditaires; or, c'est sur ces biens que les créanciers du défunt réclament une préférence. La difficulté est de savoir s'ils peuvent agir contre l'héritier ou ses créanciers, alors que les biens sont devenus la propriété du cessionnaire.

Il a été jugé que les créanciers pouvaient demander la séparation contre les créanciers du cessionnaire, par le motif que le cessionnaire prend la place du cédant et que les créanciers peuvent exercer contre lui tous les droits qu'ils ont contre le cédant (1). Cela nous paraît très-douteux. La cession est un contrat auquel les créanciers du défunt restent étrangers; on ne peut donc pas dire qu'à leur égard le cessionnaire prend la place du cédant; cela n'est vrai que pour les rapports du cédant et du cessionnaire. Le cessionnaire n'est pas le débiteur des créanciers héréditaires; ceux-ci n'ont pas d'action directe contre lui, ils ne peuvent agir qu'en vertu de l'article 1166, c'est-à-dire comme exerçant les droits de l'héritier vendeur, qui reste leur débiteur. Or, la séparation ne peut être demandée que contre les créanciers de celui qui est devenu le

(1) Lyon, 21 janvier 1851 (Dalloz, 1852, 1, 165). Dubreuil, *Essai sur la séparation des patrimoines*, chapitre VIII, § VII, n° 9 et les autorités qu'il cite.

débiteur des créanciers du défunt, à raison du danger qui résulte du concours des créanciers de l'héritier, c'est-à-dire à raison de l'insolvabilité du débiteur. Le cessionnaire n'étant pas débiteur, il ne peut pas être question de demander la séparation contre lui ni contre ses créanciers. Reste la question de savoir si les créanciers du défunt peuvent demander la séparation contre les créanciers hypothécaires de l'héritier. C'est demander si les créanciers du défunt ont encore action sur les biens de l'hérédité lorsque, par suite de la cession, ces biens sont devenus la propriété du cessionnaire. Il nous semble que la question doit être décidée négativement dès que l'on admet que le cessionnaire n'est pas le représentant de l'héritier. Pour les meubles, cela n'est pas même douteux, puisque le gage que les créanciers ont sur les meubles ne leur donne pas le droit de suite. Quant aux immeubles, la vente faite dans les six mois ne nuit pas aux créanciers ; nous verrons plus loin s'ils peuvent encore agir sur les immeubles qui seraient vendus après l'expiration des six mois. Il y a là un grand danger qui menace les créanciers du défunt. Mais la séparation des patrimoines ne peut pas donner aux créanciers une garantie plus efficace que celle qu'ils avaient contre le défunt, leur débiteur; or, celui-ci pouvait aussi anéantir les droits de ses créanciers personnels en aliénant ses biens (1).

**14**. Les créanciers du donateur peuvent-ils demander la séparation contre les créanciers du donataire universel? Posée dans ces termes, la question n'est pas douteuse, puisque le donataire universel est héritier ; et peu importe, en ce qui concerne la séparation de patrimoines, que l'héritier soit contractuel, testamentaire ou *ab intestat*. Une seule condition est requise, c'est qu'il y ait acceptation pure et simple et, par suite, confusion des patrimoines. La question s'est présentée dans les circonstances suivantes. L'héritier était donataire de la moitié des biens de son auteur, en vertu d'une donation faite par contrat de ma-

(1) Comparez Barafort, *Séparation des patrimoines*, p. 80, n° 49; Demolombe, t. XVII, p. 141, n° 127 et les auteurs qui y sont cités.

riage, et cessionnaire de l'autre moitié par un transport que lui avaient consenti ses cohéritiers. Il a été jugé qu'il n'y avait pas lieu à la séparation des patrimoines. L'arrêt se fonde sur ce que l'héritier possédait les biens, non à titre successif, mais à titre de donataire et d'acquéreur (1). Cette décision, approuvée par les uns, est critiquée par les autres (2). Nous croyons qu'il y a du vrai dans l'une et l'autre opinion. Le donataire à titre universel n'a pas la saisine, pas plus que le légataire à titre universel; il ne s'opère donc pas de confusion de patrimoines; partant il n'y a pas lieu d'en demander la séparation. Nous reviendrons sur la question de droit au titre des *Donations*. Restait le transport de l'autre moitié; c'était un partage, dit-on, puisque la cession avait fait cesser l'indivision; donc le cessionnaire, comme copartageant, était censé avoir toujours eu la propriété de la moitié de la succession, objet du partage. On en conclut qu'il était soumis à la demande en séparation. Si l'on admet le principe, il faut aussi admettre la conséquence; le copartageant cessionnaire prend comme héritier tous les biens non compris dans l'institution contractuelle; donc les créanciers peuvent demander la séparation des biens qu'il recueille à titre d'héritier. Quant à ceux qu'il prend comme donataire, ils sont de droit séparés de son patrimoine. De sorte qu'en définitive la séparation existera pour tout le patrimoine du défunt.

## § III. *Comment la séparation est-elle demandée?*

**15.** En quelle forme la séparation de patrimoines doit-elle être demandée? La question est controversée. M. Demolombe ajoute qu'elle est remplie, dans la doctrine et dans la jurisprudence, d'incertitudes et d'obscurités. Peut-être faudrait-il dire que l'auteur qui se plaint de l'incertitude de la doctrine est en partie le coupable. La question

(1) Grenoble, 9 mars 1831 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1416, 2°).
(2) Dufresne, p. 58, n° 53. Barafort, p. 88, n° 53.

est de savoir s'il faut un jugement pour que la séparation des patrimoines existe. Le texte décide la question. D'après l'article 878, les créanciers peuvent *demander* la séparation *contre* tout créancier; là où il y a un *demandeur* et un défendeur, il y a procès, donc le juge doit intervenir pour prononcer la séparation. Tel est le sens que le mot *demande* a en droit. Quand l'article 1153 dit que les intérêts courent à partir du jour de la *demande*, tout le monde convient qu'il faut une demande judiciaire. Ce qui ne laisse aucun doute, c'est qu'il en était ainsi dans l'ancien droit. Pothier le dit : c'est au juge que les créanciers s'adressent pour obtenir la séparation des patrimoines. Si le code civil et le code de procédure civile ne disent rien des formes dans lesquelles la demande en séparation doit être faite et instruite, c'est pour une raison très-simple : les règles générales suffisent, et reçoivent par conséquent leur application.

**16.** Où donc est cette immense difficulté dont on se plaint? L'opinion que nous venons d'énoncer est généralement suivie(1), sauf quelques dissentiments. C'est M. Demolombe qui a imaginé un nouveau système, dont nous n'aurions rien dit s'il n'avait trouvé quelque appui dans la jurisprudence. Il distingue les mesures conservatoires que les créanciers peuvent ou doivent prendre pour sauvegarder leurs intérêts, et l'exercice de la séparation des patrimoines proprement dite. D'après lui, la séparation est un privilége, et ce privilége s'exerce comme tous les autres, par cela seul qu'il est conservé et sans qu'il faille une demande judiciaire. Si le juge doit intervenir, c'est tout au plus quand il s'agit de la conservation du droit des créanciers. Comment leur droit se conserve-t-il? Quant aux immeubles, par une inscription (art. 2111). Quant aux meubles, la loi ne dit rien, il faudra donc appliquer le droit commun; ici l'intervention du juge pourra être nécessaire, parce que, dans l'opinion consacrée par la jurisprudence, les tribunaux ont le droit de prescrire les mesures qu'ils

(1) Zachariæ, édition d'Aubry et Rau, t. IV, p. 319 et note 11. Demolombe, t. XVII, p. 148, n° 136.

jugent nécessaires pour sauvegarder pleinement les intérêts des créanciers (1). A notre avis, cette théorie n'a aucun fondement ni dans le texte ni dans l'esprit de la loi.

La séparation des patrimoines est-elle un privilége? Sous l'empire du code Napoléon, on pouvait le soutenir, puisque l'article 2111 l'appelle ainsi, au moins en ce qui concerne les immeubles. Comment ce privilége se conserve-t-il? Par des inscriptions prises sur chacun des biens de la succession, dit l'article 2111. Cela suffit-il? Ce même article dit : « Les créanciers qui *demandent* la séparation du patrimoine du défunt, conformément à l'article 878. » Donc il faut une *demande*, outre l'inscription. L'inscription a pour but d'avertir les tiers qui traitent avec l'héritier que les biens de la succession qu'il a recueillis sont affectés aux créanciers du défunt, par préférence aux créanciers de l'héritier; mais pour que ceux-ci soient primés, il faut de plus que les créanciers et légataires en fassent la demande. Le texte est formel. Cependant la cour de Metz a jugé qu'à part l'inscription, la loi n'a pas exigé du créancier l'accomplissement d'autres formalités spéciales, telles, par exemple, qu'un jugement; que le privilége qui résulte de la séparation des patrimoines produit ses effets de la même manière que les autres priviléges, sans qu'il soit besoin de le faire préalablement reconnaître en justice (2). La cour oublie l'article 2111 et l'article 878, auquel l'article 2111 renvoie expressément. Le législateur exige donc autre chose que l'inscription, et quand la loi a parlé, l'interprète, qui n'est que son organe, ne peut pas dire le contraire de ce qu'elle dit; comme l'a dit M. Demolombe, dans une autre question de cette difficile matière, ce serait se mettre en dehors de la loi, et, pour mieux dire, au-dessus de la loi.

Quant aux meubles, le code ne parle pas de mesures conservatoires; il dit seulement que le droit de demander la séparation se prescrit par le laps de trois ans. Or, la prescription suppose le droit et l'obligation d'agir, car ce

(1) Demolombe, t. XVII, p. 134 et suiv., nos 139 et suiv. Comparez Mourlon, *Répétitions*, t. II, p. 198.
(2) Metz, 27 mai 1868 (Dalloz, 1868, 2, 103).

n'est qu'à celui qui, ayant le droit d'agir, n'a point agi, que l'on peut opposer la prescription. L'article 880 le dit d'ailleurs en termes formels : à l'égard des immeubles, l'*action peut être exercée* tant qu'ils existent dans la main de l'héritier. Une action n'est-elle pas une demande judiciaire? Il est vrai que cette expression a parfois un sens plus large; ainsi dans l'article 1662 la loi parle d'une *action en réméré*, et il est cependant certain que le rachat peut être exercé sans qu'il y ait une demande en justice. Mais grande est la différence entre l'action en réméré et l'action en séparation. La clause de rachat est un droit que l'acheteur tient de son contrat; lorsqu'elle est stipulée, la vente devient conditionnelle quant à sa résolution; dès que le vendeur veut user de son droit, la vente est résolue. Tandis que la séparation de patrimoines est une exception aux principes; c'est un bénéfice; or, tout bénéfice doit être demandé, et demandé en justice, à moins que la loi ne se contente d'une autre forme.

**17.** Faut-il une action principale ou une demande incidente suffit-elle? Dans le silence du code, l'on doit admettre que les créanciers peuvent demander la séparation incidemment. C'est même ainsi que les choses se passent d'habitude. Des poursuites sont exercées sur un bien de la succession par un créancier de l'héritier; par exemple, une saisie-arrêt est signifiée à un débiteur du défunt; les créanciers héréditaires devront en ce cas invoquer le bénéfice de séparation contre les créanciers de l'héritier, afin de les écarter de la distribution par contribution. Toujours est-il que la séparation devra être demandée au juge pour que les créanciers de l'héritier soient écartés (1).

**18.** Dans l'opinion de M. Demolombe, les créanciers peuvent demander que le tribunal prescrive des mesures conservatoires pour sauvegarder leurs droits. Il va sans dire que les créanciers ont le droit de requérir l'apposition des scellés, et de faire faire un inventaire des meubles de la succession; c'est le droit commun, et la notion même de

(1) Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, p. 530, n° 761. Barafort, p. 98, n° 58.

la séparation des patrimoines, implique la nécessité de ces mesures. Il s'agit de prévenir la confusion des biens du défunt et des biens de l'héritier; or, la confusion, quant aux meubles, serait inévitable si le mobilier héréditaire n'était pas inventorié. Mais on va plus loin. Malgré l'inventaire, l'héritier pourrait aliéner les meubles; il faut que les créanciers puissent l'en empêcher, sinon leur privilége deviendrait illusoire; or, qui veut la fin veut les moyens. La loi veut assurer les droits des créanciers du défunt contre les créanciers de l'héritier, donc aussi contre tout ce que l'héritier peut faire au préjudice des créanciers de la succession. La cour de cassation a jugé en conséquence que le légataire d'une rente viagère peut pratiquer une saisie-arrêt sur les sommes dues à la succession, à l'effet d'assurer le service de la rente (1). Il a été jugé dans le même sens, par la cour de Liége, que le tribunal a un pouvoir discrétionnaire pour prescrire telles mesures d'exécution qu'il juge nécessaires; dans l'espèce, la cour ordonna qu'un capital suffisant serait affecté par privilége au payement d'une rente léguée, sans que l'héritier pût l'aliéner ou en disposer d'une manière quelconque (2). Il y a des arrêts en sens contraire (3), et la doctrine est divisée comme la jurisprudence (4).

Nous croyons que l'opinion à laquelle la cour de cassation a donné l'appui de son autorité, est contraire aux principes qui régissent la séparation des patrimoines ainsi que les priviléges. Quel est l'objet de la séparation des patrimoines? C'est de conserver aux créanciers du défunt le gage qu'ils avaient sur ses biens; il ne s'agit donc pas d'un droit nouveau et d'une nouvelle garantie accordés aux créanciers; la loi n'entend pas leur donner contre l'héritier ou ses créanciers des droits plus étendus que ceux qu'ils avaient contre le défunt; or, le défunt, le vrai débiteur, avait le pouvoir d'aliéner, sans que ses créanciers

(1) Arrêt de cassation du 16 août 1869 (Dalloz, 1869, 1, 463).
(2) Liége, 17 mars 1869 (*Pasicrisie*, 1869, 2, 124).
(3) Paris, 31 juillet 1852 (Dalloz, 1853, 2, 33) et 28 avril 1865 (Dalloz, 1867, 2, 156), cassé par l'arrêt précité de la cour de cassation.
(4) Demolombe, t. XVII, p. 164, n° 146. Barafort, p. 311, n° 194. En sens contraire, Chabot, t. II, p. 880, n° 5 de l'article 880.

personnels pussent attaquer l'aliénation; l'héritier a, en principe, le même droit. A vrai dire, la séparation des patrimoines est étrangère à l'héritier; donc elle n'altère pas ses droits. Telle est la séparation organisée au titre des *Successions;* il n'y est pas dit un mot d'une entrave quelconque qui empêcherait l'héritier de disposer des biens héréditaires comme il l'entend. Au titre des *Priviléges et Hypothèques*, le législateur a donné une garantie nouvelle aux créanciers; ils ont un privilége qu'ils peuvent opposer aux créanciers hypothécaires de l'héritier (art. 2111), quand même les hypothèques auraient été consenties avant l'inscription du privilége, pourvu que celui-ci soit inscrit dans les six mois. Mais l'article 2111 ne défend pas à l'héritier d'aliéner. La loi belge sur le régime hypothécaire a comblé cette lacune, en statuant qu'aucune aliénation ne peut être consentie dans les six mois au préjudice des créanciers (art. 39). Voilà le système de garanties que la loi établit en faveur des créanciers et légataires; aucune disposition du code ne défend à l'héritier d'aliéner le mobilier héréditaire, et l'article 39 lui permet implicitement d'aliéner les immeubles après les six mois; nous reviendrons sur cette innovation. En permettant aux tribunaux d'entraver les droits de l'héritier par des saisies-arrêts ou d'autres mesures, la jurisprudence et la doctrine se mettent donc en dehors de la loi. Elles dépassent l'objet de la séparation, en donnant aux créanciers contre l'héritier un droit qu'ils n'avaient pas contre le défunt; elles changent la séparation des patrimoines, dont le but était simplement de donner une préférence aux créanciers du défunt sur les créanciers de l'héritier, tandis que, dans la nouvelle doctrine, elle est dirigée contre l'héritier, c'est-à-dire contre un propriétaire dont elle altère les droits.

Qui veut la fin veut les moyens, dit-on. Cet argument nous conduit à examiner la question au point de vue des principes qui régissent les priviléges. La séparation des patrimoines n'est pas un véritable privilége; on ne peut pas lui appliquer la définition donnée par l'article 2095 (article 19 de notre loi hypothécaire). Le privilége est un droit que la *qualité* de la créance donne au créancier d'être

préféré à tous autres créanciers ; tandis que la préférence que la loi donne aux créanciers du défunt sur les créanciers de l'héritier est indépendante de la *qualité* de leurs créances ; cela est si vrai qu'un créancier purement chirographaire du défunt est préféré au créancier le plus favorable de l'héritier. Nous concluons de là, au moins, que si privilége il y a, ce privilége ne saurait avoir des effets plus étendus que les véritables priviléges. Or, les priviléges mobiliers ne donnent pas aux créanciers le droit de demander au tribunal des mesures conservatoires ; ils ne peuvent pas requérir des saisies-arrêts, ils ne peuvent pas empêcher le propriétaire débiteur d'aliéner, bien que l'aliénation mette fin à leur privilége. Vainement diraient-ils : Qui veut la fin veut les moyens ; on leur répondrait qu'en fait de priviléges tout est de la plus stricte interprétation, qu'il n'est pas permis d'ajouter à la loi, que quand la loi veut entraver le pouvoir de disposition du débiteur propriétaire, elle le dit. Dans le silence de la loi, on ne peut pas déroger au droit de propriété ; cela est décisif contre les créanciers privilégiés, donc aussi contre les créanciers qui demandent la séparation des patrimoines.

**19.** Une fois que l'on s'écarte de la loi, il n'y a plus de limite à laquelle on puisse s'arrêter. Les auteurs les plus récents renchérissent sur ceux qui les précèdent. M. Barafort enseigne que les créanciers peuvent exiger que l'héritier donne caution du mobilier héréditaire, et que, faute par eux de fournir cette garantie, les meubles devront être vendus et leur prix déposé, pour être employé à l'acquit des charges héréditaires. C'est la disposition de l'article 807 ; elle doit être appliquée par voie d'analogie à la séparation des patrimoines, dit-on, puisque le bénéfice d'inventaire et la séparation des patrimoines ont le même résultat, c'est de séparer le patrimoine du défunt d'avec celui de l'héritier ; les droits des créanciers doivent donc être les mêmes (1). Quelle confusion de principes ! Le bénéfice d'inventaire est demandé par l'héritier ; il en résulte que l'héritier bénéficiaire n'est pas débiteur personnel des créanciers du dé-

(1) Barafort, *De la séparation des patrimoines*, p. 127, n° 92.

funt : rien de plus juste donc que d'assurer à ceux-ci le mobilier héréditaire. La séparation des patrimoines, au contraire, est demandée par les créanciers contre l'héritier pur et simple leur débiteur, celui-ci est propriétaire et a la libre disposition des biens de l'hérédité, tandis que l'héritier bénéficiaire, comme tel, est simple administrateur. Les deux institutions diffèrent donc sous tous les rapports, et on veut appliquer par analogie à l'une ce que la loi dit de l'autre! Toujours cette mauvaise tendance qui conduit les interprètes à se mettre hors de la loi c'est-à-dire à la faire.

## § IV. *Sur quels biens la séparation s'exerce-t-elle?*

**20**. L'article 878 répond à la question : c'est le patrimoine du défunt qui est séparé d'avec le patrimoine de l'héritier. Qu'est-ce qui fait partie du patrimoine du défunt? Ce sont les biens, droits et actions qui composent l'hérédité, et dont l'héritier est saisi en vertu de l'article 724 : donc la succession, telle qu'elle est lors de la mort du défunt, est et reste le gage de ses créanciers. Le principe est très-simple, mais l'application n'est pas sans difficulté. Les créances que le défunt avait contre son héritier présomptif font-elles partie du patrimoine sur lequel les créanciers exercent leur droit de préférence? En principe, oui; mais le principe n'est-il pas modifié par l'acceptation pure et simple de l'héritier débiteur? Par cela seul qu'il accepte purement et simplement, la confusion des patrimoines éteint ses dettes comme ses créances. Il est vrai que, sur la demande des créanciers du défunt, la confusion cesse; mais ne pourrait-on pas dire que la séparation n'a d'effet qu'à l'égard des créanciers de l'héritier, qu'elle n'en a aucun contre l'héritier? et n'en faut-il pas conclure que la confusion subsiste à l'égard de l'héritier et, par suite, l'extinction de ses dettes? L'opinion contraire est cependant enseignée par tous les auteurs; nous l'admettons également; mais comment répondre aux objections que nous venons de faire? Le vrai motif de décider se trouve, à notre

avis, dans les principes qui régissent la confusion. Elle n'éteint pas les dettes d'une manière absolue; si la dette s'éteint, c'est qu'il est impossible d'en poursuivre le payement, le débiteur étant en même temps créancier. Dès que cette impossibilité cesse, l'effet de la confusion cesse aussi. Or, quand les créanciers du défunt demandent la séparation des patrimoines, il n'y a plus d'impossibilité à poursuivre le payement de ce que l'héritier doit à la succession; en effet, ce n'est pas lui qui poursuit, ce sont les créanciers du défunt qui agissent. Par contre, il faut décider, nous semble-t-il, que si l'héritier était créancier du défunt, cette dette de la succession continue à subsister, en un certain sens, à charge des créanciers qui demandent la séparation des patrimoines. Nous disons, en un certain sens : l'héritier ne peut pas réclamer ce que le défunt lui devait, car à son égard la confusion subsiste; il est et il reste héritier pur et simple, donc il ne peut pas agir comme créancier, vu qu'il est débiteur. Mais ses créanciers peuvent agir; car on a demandé contre eux la séparation des patrimoines; donc rien ne les empêche d'agir au nom de l'héritier, comme ayant droit sur tout ce qui compose son patrimoine, donc aussi sur sa créance contre la succession. Il paraît contradictoire et absurde, que les créanciers de l'héritier puissent agir, alors que l'héritier ne le peut pas. C'est qu'il y a conflit entre deux principes : d'une part, il y a acceptation pure et simple, donc confusion et par suite extinction des créances et des dettes : d'autre part, il y a séparation des patrimoines, donc pas de confusion et partant pas d'extinction des créances et des dettes. Il faut donner satisfaction à chacun de ces principes; de là les conséquences, en apparence contradictoires, auxquelles on aboutit (1).

**21.** Les biens que le défunt avait donnés sans dispense de rapport sont remis dans la masse par les héritiers donataires; ils font donc partie de son patrimoine. Est-ce à dire que les créanciers et légataires aient un droit sur les

(1) Comparez Demolombe, t. XVII, p. 145, n° 133; Barafort, p. 203, n° 142; Mourlon, t. II, p. 198, III.

biens rapportés, lorsqu'ils demandent la séparation des patrimoines? La négative est évidente. Les biens donnés entre vifs sont sortis définitivement du patrimoine du défunt; ses créanciers et légataires n'y peuvent donc prétendre aucun droit. Si les biens donnés rentrent dans la succession pour être partagés entre les cohéritiers, c'est par une fiction, mais cette fiction n'étant établie que dans l'intérêt des héritiers auxquels le rapport est dû, les créanciers du défunt ne peuvent pas l'invoquer. C'est en ce sens que l'article 857 dit que le rapport n'est pas dû aux créanciers et légataires (1).

**22**. Une question plus difficile est celle de savoir si la séparation des patrimoines porte sur les fruits perçus depuis l'ouverture de la succession. Il y a encore une fois ici un conflit de principes contraires. Les fruits appartiennent au propriétaire de la chose qui les produit. Et qui est propriétaire, dans l'espèce? Ce n'est pas le défunt, c'est l'héritier saisi de la propriété et de la possession depuis l'ouverture de l'hérédité. Les fruits sont donc entrés dans son patrimoine; ils ne sont pas et ils n'ont jamais été le gage des créanciers de l'hérédité, puisqu'ils n'ont jamais appartenu au défunt; or, la séparation ne peut pas donner aux créanciers un droit qu'ils n'avaient pas contre le défunt, leur débiteur. Cela semble décider la question contre les créanciers. Lebrun raisonnait ainsi dans l'ancien droit, mais il y avait des arrêts en sens contraire. Que faut-il décider en droit moderne? On admet généralement que les créanciers et légataires profitent des fruits. C'est aussi notre avis, mais il faut voir quels sont les vrais motifs de décider. On en donne qu'il nous est impossible d'admettre. Est-il vrai de dire, comme le fait M. Demolombe, que la séparation des patrimoines a pour but et pour résultat de résoudre fictivement la transmission héréditaire, et par suite la propriété de l'héritier sur les biens du défunt (2). Sa propriété est si peu résolue, qu'il a le pouvoir d'aliéner les biens héréditaires, et que ce qui restera, après que les

(1) Pothier, *Des successions*, chap. V, art. IV et tous les auteurs.
(2) Demolombe, t. XVII, p. 145, nº 132.

créanciers seront désintéressés, entrera dans son patrimoine, et qu'il en sera propriétaire dès l'ouverture de l'hérédité. Si donc la question des fruits devait être décidée en faveur du propriétaire, il faudrait dire qu'ils appartiennent à l'héritier.

Nous croyons, avec Zachariæ, qu'il faut appliquer le principe romain, en vertu duquel les fruits augmentent l'hérédité; le code rejette, à la vérité, ce principe en matière de pétition d'hérédité, mais comme il est fondé en droit et en raison, il faut en faire l'application dans tous les cas où la loi n'y déroge pas(1). Dans notre espèce, l'application du principe se justifie par la nature et l'objet de la séparation des patrimoines. La succession est considérée comme un patrimoine à part, qui reste le gage des créanciers du défunt et par conséquent leur appartient, de préférence aux créanciers de l'héritier; dès lors ils doivent profiter des accroissements naturels que ce patrimoine reçoit; ils ont droit aux fruits, à titre d'accessoire, par cela seul qu'ils ont droit au principal (2). On objecte que l'héritier possédant et percevant les fruits, ceux-ci seront nécessairement confondus dans son patrimoine et que par suite la séparation sera impossible. L'objection est de fait plutôt que de droit. C'est aux créanciers à veiller à ce que la confusion de fait ne s'opère point. En tout cas, le fait ne peut pas être invoqué contre le droit.

**23**. La séparation des patrimoines s'exerce-t-elle sur le prix des biens aliénés qui serait encore dû? Quand le défunt a aliéné, il n'y a pas même de question; le droit au prix est une créance qui fait partie de son patrimoine, et qui par conséquent est comprise dans le gage de ses créanciers; ceux-ci auront également tous les droits que le défunt pouvait exercer, le privilége qui appartient au vendeur et l'action en résolution pour défaut de payement du prix(3). La question est plus difficile lorsque c'est l'héritier

(1) Zachariæ, édition d'Aubry et Rau, t. IV, p. 321 et notes 18 et 19; Dufresne, nº 118; Barafort, nº 141. Caen, 26 février 1849 (Dalloz, 1851, 2, 236). En sens contraire, Grenier, *Des hypothèques*, t. II, nº 436; Dubreuil, chap. VI, nº 3.

(2) Voyez le tome IX de mes *Principes*, nºs 541 et 542.

(3) Barafort, p. 150, nº 110.

qui aliène. Il a le droit d'aliéner les choses mobilières, il a donc aussi droit au prix. Quant aux immeubles, notre loi hypothécaire dit, à la vérité, que pendant le délai de six mois aucune aliénation ne peut être consentie par l'héritier et au préjudice des créanciers; mais cela même prouve que l'héritier a le droit d'aliéner; n'en faut-il pas conclure que le prix lui appartient, au moins quand l'aliénation est faite après l'expiration des six mois? L'opinion générale est que le prix prend la place de la chose aliénée par l'effet d'une subrogation réelle. Il y a cependant un motif de douter, qui a entraîné quelques auteurs. La subrogation est ou légale ou conventionnelle; or, dans l'espèce, il n'y a ni convention ni loi; comment donc pourrait-on admettre la fiction de la subrogation? On la fonde sur un principe traditionnel que l'on formule en ces termes : *In judiciis universalibus, res succedit in locum pretii, et pretium in locum rei*. Il est vrai que l'on trouve des applications de ce principe dans le code; nous en avons vu un exemple, en traitant du retour successoral (art. 747 et 766). Mais le principe même n'est autre chose que la subrogation réelle, donc la difficulté subsiste (1). Il faut laisser de côté cet adage, et voir si la séparation des patrimoines permet d'admettre la subrogation du prix à la chose sans qu'il y ait un texte qui l'établisse. On peut dire du prix ce que nous venons de dire des fruits : dans l'un et l'autre cas, il y a un conflit de principes. Si l'on s'en tient au droit de propriété, il faut dire que les fruits ainsi que le prix entrent dans le patrimoine de l'héritier propriétaire. Mais le droit de gage que les créanciers ont sur les biens du défunt conduit à une conséquence contraire. L'héritier peut aliéner, et si le prix est payé, il entre définitivement dans son patrimoine, et par conséquent il échappe aux créanciers. Voilà la part que l'on doit faire au droit du propriétaire. Mais tant que le prix n'est pas payé, on ne peut pas dire qu'il se soit confondu avec le patrimoine de l'héritier; donc il y a lieu d'appliquer cet autre principe que tout ce

(1) Zachariæ, édition d'Aubry et Rau, t. IV, p. 100 et note 8 du § 573. Comparez Merlin, *Répertoire*, au mot *Subrogation de choses*, sect. I.

qui provient de l'hérédité est le gage des créanciers, et que l'héritier n'y a droit qu'après que ceux-ci sont désintéressés : voilà la part faite au droit des créanciers. De cette manière on concilie les deux principes contraires, et on arrive au même résultat que dans l'opinion généralement suivie (1). La jurisprudence est dans le même sens, sauf un arrêt de la cour de Montpellier (2). Nous reviendrons plus loin sur les difficultés de texte.

**24**. La même difficulté se présente dans le cas où l'héritier a échangé les biens de l'hérédité contre d'autres biens qui sont devenus sa propriété. Il est certain que l'héritier peut échanger, comme il peut vendre, et l'échange étant translatif de propriété, la chose reçue en échange entrera dans le patrimoine de l'héritier, de même que le prix en cas de vente. Cela n'exclut-il pas l'exercice de la séparation des patrimoines? Il faut répondre, comme nous venons de le faire pour le prix, que tout ce qui provient de l'hérédité est le gage des créanciers, et ne peut entrer dans le patrimoine de l'héritier qu'après que les créanciers sont désintéressés. Quant à la confusion que l'on invoque, si de fait elle existe, ce qui ne peut arriver que pour des choses mobilières, il est certain que la séparation sera impossible ; mais le plus souvent elle n'existera pas, et alors le droit des créanciers doit se concilier avec celui de l'héritier, comme nous venons de le dire pour le prix. Dans l'opinion générale qui admet la subrogation réelle, il n'y a pas la moindre difficulté : la chose reçue en échange prend de plein droit la place du bien héréditaire (3). Il y a un arrêt en ce sens (4).

**24** *bis*. Le principe que la séparation des patrimoines sépare *tous* les biens du défunt d'avec ceux de l'héritier, reçoit une exception importante. Aux termes des lois du

(1) Zachariæ, édition de Massé et Vergé, t. II, p. 333, note 16 et p. 334, note 17. Chabot, t. II, p. 638, nos 6 et 7. Demante, t. III, p. 346, no 221 *bis* II. Barafort, p. 143, no 106.

(2) Voyez la jurisprudence dans Dalloz, au mot *Succession*, no 1457.

(3) Zachariæ, édition d'Aubry et Rau, t. IV, p. 321 et note 17, et les auteurs qui y sont cités. Barafort, p. 199, no 140. En sens contraire, Dubreuil, chap. VIII, § 1, no 3.

(4) Nîmes, 21 juillet 1852 (Dalloz, 1854, 2, 206).

8 nivôse an VI et du 22 floréal an VII, les rentes sur l'Etat sont insaisissables et pour le capital et pour les intérêts. Il a été jugé, par application de cette règle, que la séparation des patrimoines ne peut pas s'appliquer aux rentes sur l'Etat (1). En effet, elle aurait pour conséquence que les créanciers du défunt s'empareraient des rentes qui, par l'effet de la transmission de l'hérédité, sont devenues la propriété de l'héritier ; c'est-à-dire que les rentes, dont le législateur a voulu assurer la jouissance et la propriété au rentier, deviendraient le gage des créanciers, ce que les lois précitées ont précisément voulu empêcher dans l'intérêt du crédit public. C'est une dérogation très-grave aux droits des créanciers, dérogation qui ne se concilie guère avec les principes. Sans doute l'intérêt de l'Etat l'emporte sur l'intérêt des particuliers ; mais ici il s'agit de plus que d'un intérêt individuel ; les créanciers ont un droit sur les biens de leur débiteur ; et nous n'admettons pas que l'on sacrifie les *droits* des citoyens à l'intérêt de l'Etat. Après cela, nous doutons fort que l'Etat ait besoin de ce privilége pour assurer son crédit ; la moralité des gouvernements, la bonne gestion des finances, la prospérité du commerce et de l'industrie, voilà des bases plus solides pour le crédit public que l'insaisissabilité des rentes.

## § V. *Conditions de l'exercice du droit.*

### N° 1. DES MEUBLES.

**25.** L'article 880 dispose que le droit de demander la séparation des patrimoines se prescrit, relativement aux meubles, par le laps de trois ans. Quelle est la raison de cette courte prescription ? On ne trouve pas un mot sur la séparation des patrimoines dans les travaux préparatoires ; de sorte que l'on est forcé de deviner les raisons pour lesquelles les auteurs du code ont établi la prescription de trois ans. L'on s'accorde à dire que la prescription est fon-

(1) Paris, 16 décembre 1848 (Dalloz, 1849, 2, 121). Dans le même sens, Barafort, p. 191, n° 134.

dée sur une présomption de confusion ; on suppose que le mobilier du défunt est confondu avec le mobilier de l'héritier, supposition très-naturelle, puisque l'héritier est propriétaire et possesseur ; cette confusion augmentant tous les jours, il vient certes un moment où l'on ne peut plus distinguer les meubles qui proviennent de l'hérédité : la confusion de fait empêchera dans ce cas l'exercice de la séparation des patrimoines (1). Mais pourquoi présumer cette confusion? Elle peut très-bien ne pas exister, même après trois ans; il fallait donc laisser aux créanciers le droit d'agir, sauf à eux à subir les conséquences de leur négligence s'ils formaient leur demande après que la confusion serait accomplie.

Cette prescription donne lieu à plusieurs difficultés. On demande d'abord quel est son point de départ. La question est controversée. Il nous semble que, dans le silence de la loi, il faut appliquer les principes généraux; or, il est de règle que la prescription court dès que l'on peut agir; et, dans l'espèce, les créanciers pouvant demander la séparation des patrimoines dès l'ouverture de l'hérédité, c'est du jour du décès que la prescription commencera à courir (2). On objecte que la prescription est fondée sur une présomption de confusion; or, dit-on, la confusion ne peut exister qu'à partir de l'acceptation, donc ce n'est qu'à partir du jour où l'héritier aura accepté que la prescription courra. La raison est mauvaise; nous ne connaissons pas le motif de la déchéance prononcée par l'article 880; comment peut-on faire d'une simple supposition une condition pour l'exercice d'un droit? Les exceptions demandent un texte, elles ne s'introduisent pas par voie de raisonnement. La cour de cassation a fait une autre réponse; c'est que l'héritier est saisi dès l'ouverture de l'hérédité; mais qu'est-ce que la possession de droit a de commun avec la confusion de fait? Un auteur qui s'incline trop souvent devant la jurisprudence a pris l'argument de la cour de

(1) Demante, t. III, p. 347, n° 221 *bis* IV. Zachariæ, t. IV, p. 324 et note 26.

(2) C'est l'opinion générale et elle est consacrée par la jurisprudence (voyez les autorités dans Dalloz, au mot *Succession*, n° 1441, et dans Zachariæ, t. IV, p. 325, note 27).

cassation au sérieux, et il en a conclu que la prescription ne courra qu'à partir de l'acceptation, s'il s'agit de successeurs non saisis(1). La saisine doit être écartée, puisqu'elle est étrangère au débat. Reste le principe général que nous avons invoqué et qui décide la question.

La prescription de trois ans s'applique-t-elle aux créances? Au point de vue des textes, l'affirmative n'est pas douteuse. Le mot *meubles*, dans l'article 880, étant opposé au mot *immeubles*, comprend tout ce qui est considéré comme meuble par la loi, donc les créances. Il y a un arrêt de la cour de cassation en ce sens (2). Ici l'on voit combien cette prescription est irrationnelle. Est-ce qu'après trois ans l'on ne saura pas distinguer si une créance appartient à l'hérédité ou à l'héritier? Le titre même en fera preuve.

L'application du principe au prix des choses aliénées soulève une difficulté nouvelle. A l'égard des immeubles, dit l'article 880, l'action en séparation peut être exercée tant qu'ils existent dans la main de l'héritier. Le prix tenant la place de l'immeuble, en faut-il conclure que la prescription de trois ans n'est plus applicable? La question est controversée. Il va sans dire que si l'immeuble a été aliéné par le défunt, la prescription de trois ans doit recevoir son application, puisque au moment où le droit des créanciers s'ouvre, il a pour objet une valeur mobilière (3). Il n'en est plus ainsi quand l'immeuble est aliéné par l'héritier. Le droit des créanciers avait, dans ce cas, un immeuble pour objet. Le prix prenant la place de l'immeuble, n'est-ce pas le cas d'appliquer le principe de la subrogation? La chose subrogée prend la nature de celle qu'elle remplace; donc, dit-on, il n'y a plus lieu à la prescription établie pour les meubles. Si l'on admet que les créanciers ne peuvent agir qu'en vertu du principe de la subrogation, la conséquence est très-logique (4). Nous

(1) Zachariæ, édition d'Aubry et Rau, t. IV, p. 325 et note 27. Demolombe, t. XVII, p. 194, n° 173.

(2) Arrêt de rejet du 6 décembre 1823 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1497). Comparez Barafort, p. 172, n° 122.

(3) Arrêt de rejet du 16 juillet 1828 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1458).

(4) Arrêt de rejet du 22 juin 1841 (Dalloz, au mot *Faillite*, n° 494). Caen, 9 février 1860 (Dalloz, 1860, 2, 193). Demolombe, t. XVII, p. 231, n° 205. Barafort, p. 177, n° 127.

n'avons pas fondé le droit des créanciers sur la subrogation; nous devons donc rejeter la conséquence que l'on en déduit. Le prix dû pour l'immeuble aliéné fait partie du gage qui appartient aux créanciers : tel est notre principe. Or, le prix étant mobilier, il y a lieu à la prescription de trois ans établie pour toutes les choses mobilières. On demande à partir de quand la prescription commencera à courir. Il faut toujours appliquer le principe que la prescription court dès que l'action est née; or, en cas d'aliénation, l'action des créanciers ne naît que du jour où l'immeuble est aliéné; c'est donc ce jour qui sera le point de départ de la déchéance établie par l'article 880 (1).

**26.** Il se peut qu'avant l'expiration des trois ans, il y ait confusion de fait. La nature des choses s'oppose, dans ce cas, à ce que la séparation soit prononcée; le droit des créanciers subsiste, puisqu'il n'est pas prescrit; mais c'est un droit qu'ils sont dans l'impossibilité d'exercer. Tout le monde est d'accord sur ce point, et la chose est si évidente qu'il ne vaut pas la peine d'insister sur les mauvaises raisons que l'on donne pour motiver une décision qui est fondée sur une impossibilité absolue (2). Nous disons absolue; car s'il y avait moyen de distinguer le mobilier du défunt, les créanciers auraient le droit d'agir; on ne pourrait pas repousser leur demande, en se fondant sur les difficultés, sur les frais, comme l'a fait la cour de Grenoble (3); l'impossibilité est une fin de non-recevoir, mais les difficultés de fait n'en sont pas une. On a demandé s'il y avait confusion lorsque les biens du défunt et les biens de l'héritier sont vendus pour un seul et même prix. C'est encore une question de fait. La confusion n'est pas une déchéance, ce n'est donc pas une question de droit. Tant que les trois ans ne sont pas écoulés, les créanciers ont le droit d'agir; si on leur oppose la confusion de fait, ce sera à eux d'établir qu'elle n'existe point; et elle pourrait ne pas exister, dans l'espèce, s'il y avait moyen d'établir par une ventila-

(1) Demante, p. 346, n° 221 *bis* II; Dufresne, n° 83; Mourlon, t. II, p. 200.
(2) Demolombe, t. XVII, p. 206, n<sup>os</sup> 185 et 186; Duranton, t. VII, p. 666, n° 484; Zachariæ, t. IV, p. 323 et note 21.
(3) Grenoble, 18 août 1828 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1463).

tion la partie du prix que l'acheteur s'est obligé de payer pour le mobilier héréditaire. La question s'est présentée plus d'une fois devant les tribunaux, et ils ont toujours jugé d'après les circonstances de la cause. Ces décisions étant de pur fait, il est inutile de s'y arrêter (1).

La confusion de fait mettant les créanciers dans l'impossibilité d'exercer leur droit, il importe qu'ils la préviennent. Ils ont le droit de faire apposer les scellés et de requérir l'inventaire. Mais l'inventaire n'est pas une condition de l'exercice de leur droit. Un acte équivalent suffirait : tel serait un partage fait entre les héritiers. Les créanciers seraient-ils admis à prouver par témoins que tels meubles font partie de l'hérédité? Demante dit que non, et avec raison; la loi leur donne le droit de faire faire inventaire (C. de pr., art. 941); ils ont donc pu se procurer une preuve littérale et authentique, dès lors ils ne peuvent pas être admis à la preuve testimoniale (2).

**27.** Que faut-il décider si les meubles ont été aliénés? Il va sans dire que les créanciers n'ont pas le droit de les suivre entre les mains des tiers acquéreurs, en supposant même que leur droit soit un privilége; car les priviléges mobiliers ne donnent pas le droit de suite. Si donc le prix a été payé et confondu dans le patrimoine de l'héritier, les créanciers ne peuvent plus exercer leur droit, puisque la confusion en rend l'exercice impossible. Si le prix est encore dû, il faut appliquer les principes que nous venons de poser (n° 23).

L'aliénation, avec le payement du prix, entraînant la déchéance du droit des créanciers, ceux-ci seraient très-intéressés à l'empêcher ou à exiger des garanties qui sauvegardent leurs droits. Nous avons dit que les tribunaux ne peuvent pas entraver le pouvoir d'administration et de disposition que l'héritier tient de son droit héréditaire (n° 18). Est-ce que au moins les créanciers auraient action contre les tiers acquéreurs de mauvaise foi? On enseigne que l'esprit de la loi est de n'accorder aucun droit

(1) Belost-Jolimont sur Chabot, t. II, p. 643, note 2. Dalloz, au mot *Succession*, nos 1443 et 1449.
(2) Demante, t. III, p. 346, n° 221 *bis* III.

de suite (1). Cela est vrai d'après l'article 880; si les créanciers ne peuvent plus agir quand les immeubles sont vendus et que le prix est payé, à plus forte raison en doit-il être ainsi de l'aliénation des meubles. Mais, au titre des *Hypothèques*, le droit des créanciers est qualifié de privilége (art. 2111); naît donc, sous l'empire du code, la question de savoir si ce privilége donne le droit de suite. Nous la traiterons plus loin, en ce qui concerne les immeubles. Quant aux priviléges mobiliers, ils ne donnent pas le droit de suivre les meubles entre les mains des tiers; c'est une conséquence de la maxime qu'en fait de meubles possession vaut titre (art. 2279). L'application de ce principe suppose que les tiers acquéreurs sont de bonne foi; le propriétaire peut revendiquer contre le possesseur de mauvaise foi. Nous croyons que, par identité de raison, les droits réels mobiliers peuvent être exercés contre les tiers de mauvaise foi. Ce n'est pas ici le siége de cette matière; nous la renvoyons aux titres des *Hypothèques* et de la *Prescription* (2).

Nous avons supposé un tiers acquéreur de mauvaise foi; autre est la question de savoir si les créanciers peuvent attaquer par l'action paulienne les aliénations que l'héritier ferait en fraude de leurs droits. Au premier abord, la question paraît tranchée par l'article 1167, qui est conçu dans les termes les plus généraux. Il y a cependant un motif de douter. L'action paulienne est dirigée contre le créancier, contre le débiteur et contre le tiers complice de la fraude. Il faut donc, comme première condition, qu'il s'agisse d'un acte fait par le débiteur en fraude de ses créanciers. Or, en demandant la séparation des patrimoines, les créanciers déclarent qu'ils n'acceptent pas l'héritier pour leur débiteur (art. 879); dès lors, on n'est plus dans les termes de l'action paulienne. L'objection, nous semble-t-il, fondée sur le texte de l'article 879, dépasse et exagère la pensée du législateur. Il n'est pas exact de dire que les créanciers qui demandent la sépara-

(1) Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, p. 540, n° 770.
(2) Comparez Duranton, t. VII, p. 665, n° 483; Zachariæ, t. IV, p. 323 et note 22

tion des patrimoines cessent d'être les créanciers de l'héritier; cela est si peu vrai, que les créanciers conservent leur action contre l'héritier, si le patrimoine du défunt ne suffit pas pour les désintéresser. L'héritier est devenu le débiteur des créanciers de la succession, en l'acceptant purement et simplement; il ne peut pas se prévaloir de la séparation des patrimoines, pour enlever aux créanciers leur gage par des actes frauduleux. Notre conclusion est que l'action paulienne serait recevable. C'est l'opinion générale, et elle était déjà enseignée dans l'ancien droit (1).

### N° 2. DES IMMEUBLES

#### I. *Principe*.

**28.** « A l'égard des immeubles, dit l'article 880, l'action peut être exercée tant qu'ils existent dans la main de l'héritier. » Cela veut-il dire que l'action est imprescriptible, en ce sens qu'elle ne s'éteint qu'avec la créance pour sûreté de laquelle la loi la donne? La question est controversée. Nous croyons, avec Merlin, que le droit de demander la séparation se prescrit, comme tous les droits, par trente ans (2). Telle est la règle presque universelle (art. 2262); l'imprescriptibilité est une rare exception. Cette exception résulte-t-elle des termes et de l'esprit de l'article 880? La loi ne dit pas que l'action est imprescriptible, elle dit seulement que l'action peut être formée tant que les immeubles sont dans la main de l'héritier, ce qui est bien différent. Dans le premier alinéa de l'article 880, le législateur soumet à une courte prescription la séparation des patrimoines quant aux meubles; c'est par opposition à ce délai de trois ans qu'il dit ensuite que la séparation n'est pas soumise à cette courte prescription quant aux immeubles. Y avait-il un motif d'aller plus loin et de déclarer la séparation imprescriptible quant aux im-

(1) Voyez les auteurs cités par Dalloz, au mot *Succession*, n° 1456. Il faut ajouter Barafort, p. 131, n° 99.

(2) Merlin, *Questions de droit*, au mot *Séparation de patrimoines*, § II (t. XIV, p. 189). Dufresne, n° 56. Il y a des arrêts en ce sens : Grenoble, 2 avril 1823; cassation, 8 novembre 1815 et 3 mars 1835 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1451).

meubles? On dit que l'action en séparation n'est qu'un droit auxiliaire qui, par la nature des choses, doit durer aussi longtemps que le droit principal, pour la conservation duquel il est établi (1). En théorie, cela est admissible, mais est-il vrai que telle soit la théorie du code civil? Le cautionnement, le gage, les hypothèques et les priviléges se prescrivent independamment de la créance dont ils doivent garantir le payement; pourquoi en serait-il autrement de la séparation des patrimoines?

**29.** L'article 880 n'a-t-il pas un autre sens que celui que nous venons de combattre? Il nous semble que la loi a entendu établir une condition pour l'exercice de l'action en séparation quant aux immeubles, condition qui existe aussi implicitement quant aux meubles. La question est de savoir si la séparation des patrimoines peut encore être demandée quand les objets héréditaires ont été aliénés? Nous faisons pour le moment abstraction de notre loi hypothécaire. L'article 880, en disant que l'action peut être exercée tant qu'ils existent dans la main de l'héritier, n'entend-il pas dire que l'action ne peut plus être exercée quand les immeubles ne se trouvent plus dans sa main, c'est-à-dire quand ils ont été aliénés? On repousse cette interprétation, parce qu'elle repose sur un argument *a contrario*, mauvais argument, nous l'avons dit bien des fois (2). Mais ce mode de raisonner ne doit pas toujours être repoussé. Il faut voir s'il est en harmonie avec les principes de la matière. Or, dans l'espèce, nous croyons qu'il résulte de la nature même de la séparation des patrimoines qu'elle ne peut plus être exercée lorsque les biens sont sortis du patrimoine de l'héritier. Il s'agit du droit que les créanciers peuvent exercer sur les biens de leur débiteur; ces biens sont leur gage, mais à une condition,

(1) Zachariæ, édition d'Aubry et Rau, t. IV, p. 325, note 28 et les autorités qui y sont citées. Il faut ajouter Demolombe, t. XVII, p. 222, n° 197, et Barafort, p. 168, n° 118.

(2) Aubry et Rau sur Zachariæ, t. IV, p. 324, note 25 du § 318. La jurisprudence et la doctrine sont en ce sens. Chabot, t. II, p. 638, nos 6 et 7. Demante, t. III, p. 346, n° 221 *bis* II; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, p. 540, n° 769; Marcadé, t. III, p. 290, n° V de l'article 880. Dalloz, au mot *Succession*, n° 1457 (arrêt de rejet du 26 juin 1828), et arrêt de rejet du 7 août 1860 (Dalloz, 1860, 1, 506).

c'est que le débiteur doit les posséder; dès qu'il cesse de les posséder, le gage leur échappe; à moins qu'ils n'aient une hypothèque ou un privilége immobilier, ils ne peuvent pas suivre les biens du débiteur dans les mains des tiers; ils peuvent exercer leur droit sur le prix, s'il est encore dû, ou sur les deniers payés par l'acheteur, si leur débiteur les a encore, mais ils n'ont plus d'action sur la chose vendue. Tel est le droit que les créanciers héréditaires avaient contre le défunt, leur débiteur. Voyons ce qui se passe quand ils demandent la séparation des patrimoines. Les biens sont devenus la propriété de l'héritier; celui-ci peut les aliéner, et dès qu'il les aliène, ils cessent de faire partie du gage qu'ils ont sur l'hérédité. C'est le droit commun; or, la séparation de patrimoines n'est que l'application du droit commun, en ce sens qu'elle a pour objet de maintenir les créanciers dans les droits qu'ils avaient; elle leur conserve le gage qu'ils possédaient, mais tel qu'ils le possédaient. Donc l'aliénation leur fait perdre le droit qu'ils avaient sur le bien aliéné. Reste à savoir si les créanciers ont encore un droit sur le prix. Ici leur position à l'égard de l'héritier n'est plus la même que celle qu'ils avaient à l'égard du défunt. C'est l'héritier qui vend, et l'héritier n'est pas leur débiteur. Voici en quel sens. Le prix qu'il a touché fait partie de son patrimoine; or, en demandant la séparation des patrimoines, les créanciers déclarent s'en tenir, provisoirement du moins, au patrimoine du défunt, et bien évidemment le prix de l'immeuble aliéné ne s'y trouve pas. Il en est de même du droit au prix; c'est une créance qui fait partie du patrimoine de l'héritier et ils n'ont, pour le moment, aucun droit sur ce patrimoine. Voilà ce que disent les principes, tels qu'ils découlent de la notion même de la séparation des patrimoines.

On objectera que nous avons enseigné le contraire (n° 23), puisque nous avons admis, avec l'opinion générale, que la séparation s'exerce sur le prix qui est encore dû. La contradiction n'est qu'apparente. En disant que les créanciers exercent la séparation sur le prix encore dû de la chose aliénée, nous avons supposé que la séparation existe, c'est-à-dire que les conditions requises pour qu'il

y ait séparation sont remplies. Quand les deux patrimoines sont séparés, les créanciers ont un gage qui ne leur peut plus être enlevé, et l'héritier reste néanmoins propriétaire des biens qui composent ce gage. Comment concilier ces droits opposés? Nous avons résolu la difficulté, comme on le fait dans l'opinion générale, en distinguant entre le prix payé qui devient la propriété irrévocable de l'héritier, et le droit au prix, qui fait partie du gage des créanciers; distinction très-subtile, mais qui peut se justifier par les principes qui régissent la séparation des patrimoines : le prix payé se confondant avec les deniers de l'héritier, la séparation ne peut plus s'exercer par suite de cette confusion de fait. Tandis que le droit au prix n'est pas confondu avec le patrimoine de l'héritier ; on peut donc le considérer comme faisant partie de la masse héréditaire. L'article 880 est étranger à cette hypothèse : il ne s'agit pas de savoir sur quels biens la séparation demandée et prononcée peut s'exercer : il s'agit de savoir quelles sont les conditions requises pour qu'elle puisse être demandée. Or, pourrait-elle être demandée si tous les objets héréditaires avaient été aliénés, bien que le prix en fût encore dû? Non, car il n'y aurait plus d'hérédité, le droit au prix, avant la séparation, étant entré dans le patrimoine du vendeur; et lorsqu'il n'y a plus de patrimoine du défunt, il ne peut être question de le séparer d'avec celui de l'héritier.

S'il en est ainsi, dira-t-on, la séparation des patrimoines sera le plus souvent une garantie dérisoire. L'héritier n'aura qu'à vendre tous les biens héréditaires le lendemain de l'ouverture de la succession, et il n'y aura plus de séparation possible. Nous répondons d'abord que l'objection prouve trop, car dans l'opinion contraire le même danger existe; il suffit que le prix soit payé pour que la séparation ne puisse plus être demandée : où sera alors la garantie des créanciers? Tout ce que cela prouve, c'est que la séparation des patrimoines, telle qu'elle est organisée par le code, n'offre pas une sûreté complète aux créanciers; pour qu'elle fût complète, il eût fallu défendre à l'héritier d'aliéner tant que la succession ne serait pas liquidée. Nous

allons voir que le législateur belge est entré dans cette voie, tout en n'admettant pas une prohibition absolue d'aliéner.

**30.** La loi hypothécaire belge a apporté une première modification à la séparation, telle qu'elle est organisée par le code civil. Aux termes de l'article 880, la séparation peut être demandée tant que les biens sont dans la main de l'héritier. Les biens sont-ils encore dans sa main quand ils ont été aliénés, et à partir de quel moment cessent-ils d'être dans sa main? D'après le code civil, la propriété se transférait à l'égard des tiers comme entre les parties par le seul effet de la perfection du contrat. Donc dès que la vente était parfaite, et avant toute tradition, l'immeuble vendu n'était plus dans la main du vendeur, il devenait la propriété de l'acheteur, et par suite il était soustrait à l'action des créanciers du vendeur. D'après notre loi hypothécaire, la vente ne peut être opposée aux tiers tant qu'elle n'est pas transcrite; d'où suit que jusqu'à la transcription, l'immeuble est toujours dans la main du vendeur, et par conséquent il reste jusqu'à ce moment le gage de ses créanciers (art. 1er de la loi du 16 décembre 1851). Nous reviendrons sur ce principe au titre des *Hypothèques*. Pour le moment, nous nous bornons à constater que les créanciers du défunt peuvent exercer la séparation des patrimoines sur les immeubles aliénés par l'héritier comme par le défunt, tant que la transcription n'est pas faite. C'est l'application du principe nouveau; elle ne souffre aucun doute, quand le principe est admis (1).

**31.** La loi belge, de même que le code civil (art. 2111), dispose que les créanciers qui veulent jouir du bénéfice de séparation doivent prendre inscription sur les immeubles de l'hérédité (art. 39). Pourquoi la loi prescrit-elle cette publicité? Elle avertit les créanciers de l'héritier et les tiers qui contractent avec lui qu'ils ne doivent pas compter sur les biens de la succession, ces biens devant être séparés du patrimoine de l'héritier pour rester le gage

(1) Martou, *Commentaire de la loi du* 16 *décembre* 1851, t. II, p. 284, n° 677.

des créanciers du défunt. L'inscription prise par les créanciers empêche-t-elle l'héritier de disposer des biens héréditaires? Le code civil (art. 2111) ne prévoyait que le cas des hypothèques consenties par l'héritier. Avant l'expiration du délai de six mois, aucune hypothèque ne pouvait être établie avec effet sur les biens de la succession par l'héritier, au préjudice des créanciers ou légataires. Le code ne s'expliquait pas sur les aliénations. Cette lacune a été comblée par la loi belge : aux termes de l'article 39, aucune hypothèque ne peut être établie sur les immeubles de la succession, jusqu'à l'expiration du délai de six mois, et aucune aliénation n'en peut être consentie par les héritiers au préjudice des créanciers et légataires. Ainsi la loi ne défend pas aux héritiers d'aliéner; ils sont propriétaires et ils peuvent disposer des biens qui leur appartiennent; les ventes qu'ils font sont valables entre les parties contractantes, mais elles ne causent aucun préjudice aux créanciers, en ce sens qu'elles ne peuvent leur être opposées; à leur égard l'aliénation n'existe pas, ils peuvent donc demander la séparation, comme si l'immeuble aliéné était encore dans la main de l'héritier; le bien reste leur gage, malgré l'aliénation, et par conséquent il est compris dans la masse héréditaire qui sera vendue au profit des créanciers. Si l'héritier vend, sa position sera très-singulière. Il reste propriétaire à l'égard des créanciers : c'est par lui ou en son nom que l'immeuble sera de nouveau vendu au profit des créanciers héréditaires. Mais il est tenu à garantie envers l'acheteur, comme s'il avait vendu le bien d'autrui, car il n'a pas rempli l'obligation qui incombe au vendeur de transférer la propriété de la chose vendue.

Telle est la garantie que la loi nouvelle donne aux créanciers, elle est précieuse. L'héritier ne peut plus, le lendemain de l'ouverture de la succession, vendre les biens et anéantir le gage des créanciers; la loi ne lui défend pas de vendre, parce qu'il est propriétaire, mais ces aliénations qu'il fait seront considérées comme si elles n'existaient pas à l'égard des créanciers du défunt. Ce n'est que pendant le délai de six mois que l'héritier est entravé dans son droit de

propriétaire. Après ce délai, il peut hypothéquer et aliéner; les actes de disposition seront pleinement valables à l'égard de tous. Mais les créanciers vigilants n'en souffriront aucun préjudice; car pendant le délai de six mois, ils auront pris inscription, et demandé la séparation des patrimoines, ce qui leur permettra de poursuivre l'aliénation des biens héréditaires à leur profit. Alors aussi on appliquera le principe que la séparation prononcée par le juge peut être exercée sur tous les biens de la succession, ainsi que sur le prix qui provient de l'aliénation, s'il est encore dû. Cependant la garantie des créanciers n'est pas complète. Elle ne s'applique pas aux meubles; l'héritier peut vendre de suite les effets mobiliers de la succession et empêcher par là l'exercice du droit des créanciers. C'est que le but du législateur n'a pas été de donner une entière sûreté aux créanciers; d'une part, il ne pouvait pas suspendre indéfiniment le droit de propriété de l'héritier, et, d'autre part, les meubles n'ayant pas de suite, il était impossible de donner aux créanciers une garantie complète.

### II. *Application du principe.*

**32**. L'article 39 de la loi hypothécaire porte que les créanciers doivent prendre inscription sur *chacun des immeubles de l'hérédité*. Pourquoi la loi prescrit-elle une inscription spéciale (1)? Dans l'intérêt des tiers, soit acheteurs, soit créanciers, hypothécaires ou non. Une inscription générale prise sur tous les immeubles de l'hérédité aurait bien prévenu les tiers que les créanciers entendent exercer leurs droits sur les biens de la succession; mais ils n'auraient pas su quels sont ces biens : l'inscription spéciale les leur fait connaître. Les tiers peuvent donc traiter en connaissance de cause : l'acheteur saura s'il achète un bien héréditaire, le créancier si on lui donne une hypothèque sur un bien de la succession, le créancier chirographaire est averti qu'il ne doit pas compter sur les biens grevés d'inscription.

(1) Zachariæ, édition d'Aubry et Rau, t. IV, p. 326 et note 31. Chabot, t. II, p. 627, note 2 de Belost-Jolimont.

L'inscription doit-elle être faite dans les formes prescrites pour les inscriptions hypothécaires? D'après le code civil, il n'y a guère de doute, puisque l'article 2111, qui exige l'inscription, qualifie la séparation de privilége. La loi belge ne reproduit pas cette qualification, mais l'inscription ayant le même but que sous l'empire du code, et ce but étant aussi celui des créanciers hypothécaires, il faut maintenir la doctrine française (1). Il y a cependant une dérogation importante au code Napoléon, résultant de notre nouvelle loi hypothécaire. L'inscription est-elle nulle si elle ne contient pas l'indication spéciale de la nature et de la situation de chacun des biens sur lesquels le créancier entend exercer son droit? En France, on admet qu'il y a nullité par application du principe qui régit la nullité des inscriptions hypothécaires (2). La loi belge pose un nouveau principe : l'inscription est nulle lorsqu'il résulte de l'omission d'une formalité un préjudice pour les tiers (art. 85). Ce principe doit s'appliquer à l'inscription des créanciers, d'autant plus que la loi n'exige pas expressément que les formalités ordinaires soient observées : on procède plutôt par analogie, il faut donc admettre par analogie l'application de l'article 85.

Il y a une autre difficulté. D'après le code civil (article 2148), comme d'après la loi belge, le créancier qui demande l'inscription doit remettre au conservateur l'expédition authentique de l'acte qui donne naissance au privilége ou à l'hypothèque. Ici l'analogie entre l'inscription des créanciers héréditaires et celle des créanciers hypothécaires ou privilégiés fait défaut. En supposant même que la séparation soit un privilége, il ne résulte pas d'un acte, c'est la loi qui le donne, ou qui permet de le réclamer; elle accorde ce droit à tout créancier, même chirographaire; et en prescrivant l'inscription, elle n'exige pas que le créancier justifie de sa qualité : il nous semble donc que le créancier n'a aucune justification à faire (3). Il va

(1) Martou, *Commentaire*, t. II, p. 279, n° 669.
(2) Lyon, 24 décembre 1862 (Dalloz, 1863, 5, 341).
(3) Zachariæ, édition de Massé et Vergé, t. II, p. 338, note 26. Barafort, p. 213, n°s 151-153.

sans dire que l'héritier pourrait demander la radiation de l'inscription, si elle avait été requise par un individu sans titre aucun; il pourrait même réclamer des dommages-intérêts contre lui, car l'inscription implique l'insolvabilité de l'héritier et peut nuire à son crédit. Le législateur aurait donc bien fait d'exiger une justification quelconque; mais dans le silence de la loi, il n'appartient pas à l'interprète de prescrire des conditions ni d'imposer des obligations.

**33.** La transcription des actes translatifs de propriété équivaudrait-elle à l'inscription? Non certes. La loi hypothécaire dit dans quels cas la transcription conserve les priviléges (art. 30-33). Quant à la séparation des patrimoines, elle exige que les *créanciers* du défunt prennent inscription sur chacun des immeubles de la succession; c'est l'inscription requise par les créanciers qui avertit les tiers; donc ce n'est que cette forme de publicité qui conserve le droit des créanciers. Cela n'est pas douteux. La question s'est présentée dans l'espèce suivante. Un testament contenant substitution en faveur des petits-enfants du testateur avait été transcrit, conformément à l'article 1069 du code civil. Les créanciers du défunt prétendirent que cette transcription les dispensait de prendre l'inscription exigée par l'article 2111 (ou l'article 39 de la loi belge). Nous ne concevons pas qu'une pareille prétention ait été portée jusque devant la cour de cassation. Est-ce que la transcription du testament pouvait équivaloir à une inscription prise sur chacun des immeubles héréditaires? Est-ce par cette transcription, étrangère aux créanciers, les tiers apprenaient que les créanciers du défunt se proposaient de demander la séparation des patrimoines? Il est vrai que le testament ordonnait la vente d'une partie des immeubles pour le payement des dettes de la succession. Mais qu'est-ce que cela prouvait? Qu'il y avait des créanciers. Suffit-il, par hasard, qu'il y ait des créanciers pour qu'il y ait une demande en séparation? La cour décida que la transcription du testament ne dispensait pas les créanciers de prendre inscription (1).

(1) Arrêt de rejet du 5 mai 1830 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 394, 1°).

**34.** Les créanciers ont pris inscription sur chacun des immeubles de la succession. Quels en seront les effets? L'article 39 porte que les créanciers et légataires ayant, aux termes de l'article 878, le droit de demander la séparation de patrimoines, *conservent ce droit*, à l'égard des *créanciers* des héritiers, *sur les immeubles de la succession*, par l'inscription prise sur chacun de ces immeubles, dans les six mois de l'ouverture de la succession. Ainsi l'inscription ne tient pas lieu de demande; la loi hypothécaire, en ce qui concerne la demande, ne déroge pas au code civil; elle s'y réfère, au contraire, expressément. Donc les créanciers doivent remplir deux formalités pour exercer leur droit de préférence sur les immeubles à l'égard des créanciers de l'héritier : ils doivent prendre l'inscription de l'article 39, et faire la demande de l'article 878. L'inscription doit être prise dans le délai de six mois; la demande peut être faite tant que les immeubles se trouvent dans la main de l'héritier. Nous avons dit plus haut jusqu'à quel moment les biens, en cas d'aliénation, sont censés se trouver dans la main de l'héritier.

La question de savoir quand la demande en séparation doit ou peut être faite était controversée sous l'empire du code civil. Merlin, se fondant sur la rédaction de l'article 2111, soutient que les créanciers doivent former leur demande dans les six mois. L'article 2111 portait : « Les créanciers *qui demandent la séparation* du patrimoine du défunt, conformément à l'article 878, conservent leur privilége à l'égard des créanciers de l'héritier par les inscriptions faites sur chacun des immeubles dans les six mois. » Cela semblait dire que la demande doit être faite, de même que l'inscription doit être prise, dans les six mois à compter de l'ouverture de la succession. Cette interprétation n'a pas trouvé faveur; l'opinion générale, consacrée par la jurisprudence, était que l'article 2111, se référant à l'article 878, n'avait pas entendu déroger à cette disposition (1). D'après la loi belge, il n'y a plus de doute; les

(1) Voyez les auteurs cités par Zachariæ, t. IV, p. 328, note 34 et la jurisprudence dans Dalloz, au mot *Succession*, n° 1473.

ots sur lesquels Merlin prenait appui ont été remplacés ar ceux-ci : « les créanciers ayant, aux termes de l'article 878, le droit de demander la séparation, conservent ce droit, » c'est-à-dire le droit de demander la séparation, conformément au code civil.

**35.** L'inscription peut-elle encore être prise après les six mois? D'après le code civil, les créanciers avaient deux droits, un privilége pour la conservation duquel ils devaient prendre inscription dans les six mois, et une hypothèque en vertu de l'article 2113 qui était ainsi conçu : « Toutes créances privilégiées soumises à la formalité de l'inscription, à l'égard desquelles les conditions ci-dessus prescrites pour conserver le privilége n'ont pas été accomplies, ne cessent pas néanmoins d'être hypothécaires ; mais l'hypothèque ne date, à l'égard des tiers, que de l'époque des inscriptions qui auront dû être faites ainsi qu'il sera ci-après expliqué. » Cette disposition était applicable à la séparation des patrimoines, parce que l'article 2111 qualifiait expressément le droit des créanciers de privilége. Il en résultait que les créanciers qui n'avaient pas pris inscription dans les six mois pouvaient encore s'inscrire après ce délai; cette inscription leur donnait une préférence à l'égard des créanciers chirographaires de l'héritier et à l'égard des créances hypothécaires non inscrites ou inscrites après eux (1).

L'article 2113 n'a pas été reproduit par la loi belge sur le régime hypothécaire. Il y a, il est vrai, des priviléges qui dégénèrent en hypothèques quand les formalités prescrites pour leur conservation n'ont pas été remplies (articles 36-38); mais la séparation des patrimoines n'est plus qualifiée de privilége, et quand même on voudrait la considérer ainsi, la loi ne permet pas aux créanciers de prendre inscription après le délai de six mois, elle ne leur donne lonc plus d'hypothèque, car il n'y a pas d'hypothèque légale sans loi (2). La loi belge déroge, en ce point, au code civil, et la dérogation est très-grave. Il en résulte que les

(1) Zachariæ, édition de Massé et Vergé, t. II, p. 339, note 27.
(2) Martou, *Commentaire*, t. II, p. 284, n° 677.

créanciers ne peuvent plus demander la séparation des patrimoines quant aux immeubles, s'ils n'ont pas pris inscription dans les six mois. En effet, l'article 39 dit que les créanciers *conservent* le droit de demander la séparation par l'inscription qu'ils prennent sur les immeubles de la succession ; l'inscription est donc une *conservation* du droit, c'est-à-dire qu'elle est requise pour son existence ; c'est en ce sens que la loi hypothécaire emploie le mot *conserver* quand il s'agit de priviléges ; et c'est dans la section IV, intitulée : *Comment se conservent les priviléges*, que se trouve l'article 39 concernant le droit de préference qui appartient aux créanciers du défunt. Ainsi, après l'expiration du délai de six mois, la séparation ne peut plus être demandée quant aux immeubles, alors même qu'ils se trouveraient encore dans la main de l'héritier.

Quelle est la raison de cette dérogation? C'est l'intérêt des tiers qui contractent avec l'héritier. La publicité est requise pour les avertir que les créanciers du défunt demandent la séparation de son patrimoine d'avec celui du défunt, et que par suite ils seront primés sur les immeubles grevés d'inscriptions par les créanciers et légataires. Si aucune inscription n'est prise, les tiers doivent en induire qu'il n'y aura pas de séparation des patrimoines, et, par conséquent, que les biens de l'hérédité leur serviront de gage.

**36.** Nous parlons des tiers en général, en y comprenant les créanciers chirographaires. Ce point est cependant controversé. Les auteurs français enseignent que l'inscription n'est requise que pour assurer aux créanciers héréditaires leur préférence à l'égard des créanciers hypothécaires de l'héritier ; ce qui permettrait aux créanciers de demander encore après le délai de six mois, et indépendamment de toute inscription, la séparation des patrimoines contre les créanciers chirographaires de l'héritier (1). Nous croyons que cette opinion est contraire au texte et à l'esprit de la loi. L'article 2111 dit que les créanciers du défunt conservent leur *privilége* à l'égard des *créanciers* de l'héritier

(1) Barafort, *De la séparation des patrimoines*, p. 215, n° 154

sans distinguer entre les créanciers hypothécaires et les créanciers chirographaires; c'est donc à l'égard de *tous* les créanciers qu'ils doivent prendre inscription pour conserver leur privilége sur les immeubles. L'article 39 de la loi belge ne qualifie plus la séparation de privilége, mais peu importe; toujours est-il qu'elle donne aux créanciers le droit d'être payés sur les biens de l'hérédité de préférence aux créanciers hypothécaires et chirographaires de l'héritier. Or, l'article 39, de même que l'article 2111, parle des créanciers en général; c'est donc à l'égard de tous les créanciers que l'inscription doit être prise dans les six mois pour que les créanciers du défunt conservent le droit de demander la séparation quant aux immeubles. Cela décide la question en faveur des créanciers chirographaires. C'est en leur faveur que le législateur belge a aboli l'hypothèque légale que le code civil attachait au privilége de séparation; dès qu'il n'y a pas d'inscription, ils doivent pouvoir contracter, en toute sûreté, avec l'héritier, en comptant sur les biens de la succession comme gage de leurs créances. S'ils étaient primés par les créanciers héréditaires, ils seraient trompés et lésés; or, le but de la publicité, qui est l'âme de notre régime hypothécaire, est précisément d'empêcher que les tiers ne soient trompés dans leur juste attente; pour que la publicité atteigne ce but, il faut qu'elle profite à tous les créanciers.

Cette interprétation de l'article 39 est aussi en harmonie avec les principes généraux qui régissent les priviléges et les hypothèques. Les créanciers privilégiés et hypothécaires doivent prendre inscription pour la conservation de leurs droits. Est-ce seulement pour assurer leur rang de priorité à l'égard des autres créanciers privilégiés ou hypothécaires? Du tout; *entre les créanciers*, dit l'article 2134 (art. 81 de la loi belge), l'hypothèque n'a de rang que du jour de l'inscription; une hypothèque non inscrite n'a aucun effet, elle ne peut pas plus être opposée aux créanciers chirographaires qu'aux créanciers hypothécaires. Ce que l'article 2134 dit de l'hypothèque est vrai aussi du privilége. En un mot, la publicité prescrite par la loi a pour objet de garantir les droits et les intérêts de tous les tiers

qui sont dans le cas de traiter avec des propriétaires d'immeubles : pourquoi en serait-il autrement de la publicité exigée pour la séparation des patrimoines?

**37.** Les créanciers peuvent-ils encore demander la séparation après l'aliénation des biens héréditaires? Nous supposons naturellement qu'ils ont pris inscription dans les six mois; s'ils n'ont pas pris inscription, ils ne peuvent plus agir, alors même que les immeubles se trouveraient encore dans la main de l'héritier; à plus forte raison ne peuvent-ils plus demander la séparation quand les immeubles sont aliénés, quoique le prix en reste dû. Que faut-il décider si l'inscription a été prise? L'article 39 répond à notre question : « Jusqu'à l'expiration du délai de six mois, aucune aliénation ne peut être consentie par les héritiers au préjudice des créanciers. » C'est une innovation importante; elle assure les droits des créanciers contre les aliénations que les héritiers ont le droit de faire immédiatement après l'ouverture de l'hérédité. Si l'héritier aliène, l'aliénation, valable entre les parties, ne pourra être opposée aux créanciers. M. Demolombe regrette, et avec raison, que le législateur français, en portant une loi nouvelle sur la transcription, n'ait pas emprunté cette disposition à la loi belge (1).

Quels sont les droits de l'héritier et des créanciers du défunt après l'expiration du délai de six mois? D'après le code civil (art. 2113), les créanciers avaient le droit de prendre une inscription hypothécaire qui leur assurait la préférence à l'égard des créanciers chirographaires et des créanciers hypothécaires inscrits après eux. Cette inscription pouvait être prise, même après l'aliénation, tant que le prix restait dû. Les auteurs français vont plus loin, ils permettent aux créanciers de prendre inscription et de demander la séparation après que l'aliénation a été transcrite (2). Nous n'entrons pas dans ce débat. D'après la loi belge, la question n'est plus douteuse. Les créanciers n'ont qu'un seul droit, celui de prendre inscription dans les six

(1) Demolombe, t. XVII, p. 227, n° 202.
(2) Zachariæ, édition d'Aubry et Rau, t. IV, p. 329, note 37. Barafort, p. 223, n° 159. Dalloz, au mot *Succession*, n° 1477.

mois, à l'effet de conserver le droit de demander la séparation. Ont-ils pris inscription, leur droit est conservé (n° 28). N'ont-ils pas pris inscription, leur droit n'est pas conservé : c'est dire qu'ils ne peuvent plus l'exercer après le délai de six mois. Nous disons que le droit des créanciers est conservé par l'inscription ; c'est le droit tel qu'il est réglé par le code civil, c'est-à-dire le droit de demander la séparation, tant que les biens sont dans la main de l'héritier (art. 878) ; donc dès que l'héritier a aliéné et que l'acte est transcrit, les créanciers ne peuvent plus former leur demande.

Ici revient la question de savoir si les créanciers peuvent demander la séparation tant que le prix n'est pas payé? Nous croyons qu'elle doit être décidée négativement. Cela résulte du texte et de l'esprit de la loi belge sur le régime hypothécaire. En disant que les aliénations faites pendant le délai de six mois ne peuvent être opposées aux créanciers qui ont pris inscription dans ce délai, l'article 39 dit implicitement qu'après le délai de six mois, l'héritier rentre dans la plénitude de son droit de propriété ; il peut donc aliéner au préjudice des créanciers, pour nous servir des termes de la loi, ce qui veut bien dire que le prix appartiendra à l'héritier et non aux créanciers ; car si les créanciers avaient droit au prix, la vente ne leur causerait aucun préjudice. Dira-t-on que c'est là argumenter *a contrario?* Nous répondons que l'argumentation est en parfaite harmonie avec les principes. Quelles sont les conditions requises pour que les créanciers du défunt puissent exercer leur droit de préférence à l'égard des créanciers de l'héritier? Ils doivent prendre inscription dans les six mois ; cela ne suffit point : il faut encore qu'ils demandent la séparation. Or, d'après l'article 878, ils ne peuvent plus demander la séparation lorsque les biens sont sortis des mains de l'héritier. Vainement dit-on que le prix remplace les biens. Nous comprenons que l'on raisonne ainsi quand les créanciers exercent leur droit sur les biens de la succession, c'est-à-dire quand la séparation existe ; mais, dans l'espèce, elle n'existe pas, puisqu'elle n'est pas demandée. Tout aussi vainement objecte-t-on que

l'inscription ayant été prise dans les six mois, les créanciers de l'héritier doivent s'attendre à être primés par les créanciers de la succession. S'y attendre, oui; mais pour qu'ils soient réellement primés, il faut que les créanciers aient rempli les formalités exigées par la loi; or, la loi ne se contente pas de l'inscription, celle-ci conserve seulement le droit de demander la séparation; si les créanciers ne la demandent pas avant l'aliénation, ils perdent leur droit sans qu'ils puissent se plaindre; car il ne tenait qu'à eux d'agir dans les six mois, alors qu'aucune aliénation ne pouvait leur être opposée. On voit que, si les créanciers ne doivent pas demander la séparation dans les six mois, ils ont néanmoins le plus grand intérêt à le faire; car, dès que le délai est expiré, l'héritier peut aliéner à leur préjudice.

**38.** Les créanciers n'auraient qu'un droit en cas d'aliénation, c'est de l'attaquer comme frauduleuse. Nous avons dit qu'ils ont l'action paulienne quand l'héritier vend des meubles en fraude de leurs droits (n° 27); par les mêmes raisons, ils peuvent demander la nullité des ventes immobilières lorsqu'elles sont frauduleuses. C'est un remède peu efficace; car les créanciers doivent prouver non-seulement la fraude de l'héritier, mais encore la complicité des tiers qui ont contracté avec lui. L'aliénation peut donc anéantir leurs droits; mais à leurs plaintes on répondrait : *Jura vigilantibus scripta.* Notre loi hypothécaire leur donne un moyen efficace de sauvegarder leurs intérêts : c'est à eux d'en user.

## § VI. *De la renonciation au droit de séparation.*

**39.** Il va sans dire que les créanciers du défunt peuvent renoncer au droit que la loi leur donne de demander la séparation des patrimoines, car ce droit n'est établi qu'en leur faveur. Quand la renonciation est expresse, il n'y a aucun doute. Les créanciers stipulent de nouvelles garanties de l'héritier; et moyennant ces garanties, ils déclarent renoncer au droit qu'ils avaient de demander la séparation. Ce

traité peut être avantageux aux deux parties; il assure le payement des créanciers, et il ménage le crédit de l'héritier, qu'une demande en séparation signalerait en quelque sorte au public comme un débiteur insolvable.

**40**. La renonciation peut aussi être tacite. On applique le principe général qui régit les renonciations; elles ne se présument pas, on ne les admet que lorsqu'il y a un fait qui suppose nécessairement l'intention de renoncer. Telle serait une novation que le créancier ferait avec l'héritier. La novation éteint l'ancienne créance; par suite le créancier qui y consent cesse d'être créancier de la succession, il n'a donc plus les droits qui appartiennent aux créanciers héréditaires: il devient créancier de l'héritier et, comme tel, il n'a pas le droit de demander la séparation (art. 881). Le cas s'est présenté dans l'espèce suivante : le créancier d'un capital exigible le convertit en une rente perpétuelle à charge de l'héritier; c'est une véritable novation, puisque l'objet de la dette est changé, le créancier n'ayant plus droit d'exiger le capital qui lui était dû primitivement; donc la dette première contre la succession est éteinte, et remplacée par une autre à charge de l'héritier : par suite le créancier, n'étant plus créancier héréditaire, ne peut pas demander la séparation des patrimoines (1).

**41**. Il y a encore renonciation lorsque le créancier fait novation dans le sens de l'article 879, qui porte : « Ce droit (de demander la séparation des patrimoines) ne peut cependant plus être exercé, lorsqu'il y a novation dans la créance contre le défunt, par l'acceptation de l'héritier pour débiteur. » Tous les auteurs s'accordent à dire que l'*acceptation de l'héritier pour débiteur* n'est pas une véritable novation, et la chose est évidente (2). Pour qu'il y ait novation, il faut qu'il y ait un changement dans l'objet de la dette, ou un nouveau débiteur, ou un nouveau créancier; or, la dette, dans l'espèce, est la même, le créancier

(1) Aix, 3 décembre 1831 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1428, 1°). Comparez arrêt de rejet du 7 décembre 1814 (Dalloz, *ibid.*, n° 1420, 1°); Chabot, t. II, p. 632, n° 1 de l'article 879.

(2) Chabot, t. II, p. 633, n° 2 de l'article 879. Demante, t. III, p. 343, n° 220 *bis* I.

est le même, et le débiteur aussi est le même. En effet, c'est le défunt qui était débiteur, sa dette passe à son héritier, lequel, en acceptant purement et simplement, devient débiteur personnel; comment y aurait-il un autre débiteur alors que l'héritier continue la personne du défunt? Aussi a-t-on soutenu que le fait d'accepter l'héritier pour débiteur n'étant pas une novation, rien n'empêchait le créancier de demander la séparation des patrimoines. C'était une erreur que la cour de cassation a repoussée, le texte à la main (1). Il y a une novation spéciale dans le cas prévu par l'article 879, en ce sens que le créancier a, en quelque sorte, deux débiteurs, la succession et l'héritier. Veut-il séparer les deux débiteurs de manière à conserver son gage sur la succession, sauf à agir ensuite contre l'héritier, il doit se garder de faire quoi que ce soit d'où l'on puisse induire qu'il accepte la confusion qui s'est opérée par l'acceptation pure et simple de l'hérédité; or, c'est l'accepter que de traiter l'héritier comme débiteur, car ce qui caractérise précisément l'acceptation pure et simple, c'est que l'héritier devient débiteur personnel. Et dès que le créancier agit comme s'il y avait confusion, il ne peut plus demander la séparation (2).

**42.** Telle est l'explication que l'on donne de l'article 879; elle ne justifie pas la loi (3). Il n'est pas vrai de dire que le créancier a deux débiteurs; il n'en a qu'un seul, l'héritier; quant à la succession, elle n'est pas sa débitrice, puisqu'elle s'est confondue dans le patrimoine de l'héritier. Ce n'est que par une fiction que les deux patrimoines, réellement confondus, sont séparés. Nous appelons la séparation des patrimoines une fiction; en effet l'acceptation pure et simple de l'hérédité subsiste, malgr la séparation demandée et obtenue par les créanciers; la confusion subsiste donc à l'égard de l'héritier, il reste débiteur. Seulement les créanciers conservent le gage qu'ils avaient sur les biens du défunt, ce gage leur appartient à

(1) Arrêt de rejet du 7 décembre 1814 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1420).
(2) Demolombe, t. XVII, p. 185, n° 158 et p. 182, n° 156.
(3) Comparez Ducaurroy, Bonnier et Roustain, p. 537, n° 767.

l'exclusion des créanciers de l'héritier. Mais cela ne leur enlève pas leur qualité de créanciers de l'héritier; si les biens de la succession ne suffisent pas pour les désintéresser, ils peuvent agir contre l'héritier, leur débiteur. Ils ont donc deux droits : d'abord ils ont action contre la succession, considérée comme patrimoine à part, puis ils ont action contre l'héritier. Peuvent-ils exercer ces deux actions simultanément, en ce sens qu'en poursuivant l'héritier comme débiteur personnel, ils conservent le droit d'agir contre la succession comme patrimoine distinct? C'est cette question qui est décidée négativement par l'article 879. Y a-t-il une raison juridique qui justifie cette décision?

Il y a deux manières de considérer la séparation des patrimoines. Dans l'une, on dit que le créancier a deux débiteurs, la succession et l'héritier; il doit choisir : veut-il s'en tenir à la succession, il renonce au droit qu'il a contre l'héritier : préfère-t-il d'avoir l'héritier pour débiteur, il renonce au droit qu'il avait contre la succession. Ce système logique et conséquent était celui d'Ulpien (1); il ne fut pas adopté par l'ancien droit; on préféra le système de Papinien, moins logique, mais plus favorable aux créanciers. Dans cette opinion, consacrée implicitement par le code civil, on dit : les créanciers conservent le gage qu'ils avaient sur les biens du défunt, mais cela ne les empêche pas d'agir ensuite contre l'héritier, si ce gage se trouve insuffisant. La novation spéciale de l'article 879 se comprend dans le premier système : le créancier qui accepte l'héritier pour débiteur fait son choix, il renonce à considérer la succession comme débitrice. Dans le second système, la novation de l'article 879 ne se comprend plus; car il n'est pas vrai que le créancier renonce à l'un de ses droits en exerçant l'autre. Est-ce qu'en exerçant la séparation des patrimoines contre la succession, il renonce à son droit contre l'héritier? Non. Donc il ne renonce pas davantage à agir contre la succession quand il agit contre l'héritier. Il a fictivement deux débiteurs : qu'importe qu'il poursuive d'abord la succession, puis l'héritier, ou qu'il

(1) L. 1, §§ 10, 11 et 15, D., XLII, 6. Demolombe, t. XVII, p. 180, n° 155.

poursuive d'abord l'héritier, sauf à revenir ensuite contre la succession?

**43.** Mais il faut prendre la loi telle qu'elle est et l'expliquer avec ses inconséquences, ce qui n'est pas chose facile. On demande d'abord s'il y a une différence entre la novation véritable et la novation spéciale de l'article 879. Au point de vue des principes généraux, la différence est évidente. Quand il y a vraie novation, l'ancienne dette est éteinte avec tous ses accessoires; tandis que, dans le cas de l'article 879, la dette première subsiste avec toutes ses conséquences. Nous laissons pour le moment les principes généraux de côté; notre question ne concerne que la séparation des patrimoines. A certains égards, les deux novations produisent le même effet; c'est que le créancier qui y consent perd le droit de demander la séparation des patrimoines; pour mieux dire, il y renonce tacitement, comme nous l'avons dit plus haut (n^os 40, 41) (1). Toutefois il y a une différence, même au point de vue de la séparation des patrimoines. Il a été jugé par la cour de cassation que s'il y a plusieurs héritiers, et si le créancier fait novation avec l'un d'eux, dans le sens de l'article 879, en l'acceptant comme débiteur, cela ne l'empêche pas d'exercer la séparation à l'égard des autres. En effet, la créance reste la même, elle reste donc une créance héréditaire, ce qui donne au créancier le droit de demander la séparation des patrimoines, et comme ce droit est individuel, il peut l'exercer contre l'un des héritiers et ne pas l'exercer contre l'autre. Sa renonciation n'est que partielle (2). Les termes de l'arrêt impliquent que s'il y avait novation véritable, la dette étant éteinte, le créancier ne pourrait plus demander la séparation contre aucun héritier, puisqu'il cesserait d'être créancier héréditaire (3). Cela suppose que le créancier a fait novation pour toute la créance avec l'un des héritiers; n'étant plus créancier des autres héritiers, il va sans dire qu'il ne peut plus agir contre eux. Mais cela se comprend difficilement; car la créance s'est divisée

(1) Demolombe, t. XVII, p. 192, n° 169. Barafort, p. 123, n° 88.
(2) Arrêt de rejet du 3 février 1857 (Dalloz, 1857, 1, 49).
(3) Barafort, *Séparation des patrimoines*, p. 122, n° 87.

de plein droit entre les héritiers; n'étant créancier que pour une part de chacun d'eux, on ne conçoit guère qu'il fasse novation pour le tout, à moins que toute la créance n'ait été mise au lot de l'un des héritiers.

**41**. Quand y a-t-il novation dans le sens spécial de l'article 879? La question est controversée; on ne s'accorde ni sur le principe ni sur les applications. Voici la définition donnée par Zachariæ, l'un des auteurs les plus exacts : « Il y a novation lorsque les créanciers ont suivi la foi de l'héritier, en faisant avec lui ou contre lui des actes qu'ils ne pouvaient faire qu'en le considérant comme personnellement obligé envers eux (1). » On voit combien il est difficile de définir ce qui est en réalité indéfinissable. Il faut supposer que l'héritier cesse d'être tenu personnellement lorsque les créanciers demandent la séparation des patrimoines, ce qui n'est pas exact : l'héritier est débiteur et il ne peut pas cesser de l'être, car l'acceptation qu'il a faite de la succession est irrévocable. Nous passons les autres définitions (2); chaque auteur a la sienne, et aucune n'est d'une utilité pratique; les difficultés d'application subsistent, comme nous allons le dire. On a fait une remarque très-juste, qui est la critique de la définition de Zachariæ; c'est que l'on ne peut voir de novation dans les actes par lesquels les créanciers considèrent l'héritier comme leur obligé, puisque l'héritier est réellement leur obligé, et tenu comme tel du payement des dettes. Mais le créancier peut renoncer au droit qu'il a de demander la séparation des patrimoines; si l'acte qu'il pose implique cette renonciation, il y aura novation. Cette renonciation se conçoit difficilement : celui qui a deux débiteurs renonce-t-il à son droit contre l'un en agissant contre l'autre? Non certes; on doit néanmoins admettre la renonciation, puisque le code la consacre. Mais, dans l'application, la jurisprudence et la doctrine reculent, et si l'on consultait l'intention du créancier, on ne l'admettrait jamais. Voici donc la difficulté inextricable dans laquelle on se trouve engagé. La novation spéciale de l'article 879 implique que le créan-

(1) Zachariæ, édition d'Aubry et Rau, t. IV, p. 317 et note 6.
(2) Comparez Mourlon, t. II, p. 195 et Demolombe, t. XVII, p. 185, n° 158.

cier renonce à son droit contre la succession; il n'y a pas de renonciation sans intention de renoncer, le créancier n'a pas cette intention, et cependant il faut admettre la novation. Nous nous bornerons à rapporter les décisions des cours et les opinions des auteurs, en y ajoutant l'expression de nos doutes.

**45.** Les poursuites que le créancier dirige contre l'héritier sont-elles une novation dans le sens de l'article 879? Il faut distinguer quel est l'objet des poursuites. Si l'unique but du demandeur est d'obtenir la reconnaissance de sa créance, il n'y a aucun doute; il ne s'agit pas des droits attachés à la créance, le créancier ne peut donc pas avoir l'intention d'y renoncer (1). Mais si le droit du créancier n'est pas contesté, et s'il assigne l'héritier en payement, y aura-t-il novation? Non, dit-on; car les articles 873 et 877 autorisent ces poursuites contre l'héritier en qualité d'héritier; d'ailleurs elles sont nécessaires pour se faire payer sur les biens mêmes de la succession; il n'y a pas là la moindre volonté de faire novation (2). Cela est vrai; mais si l'on s'attachait à la volonté du créancier, il n'y aurait jamais de novation. Poursuivre l'héritier, c'est demander le payement de la créance contre celui qui en est tenu comme débiteur, avec cette conséquence que l'exécution du jugement pourra se faire sur les biens du défendeur : n'est-ce pas là accepter l'héritier comme débiteur? Dans le sens matériel, oui, et c'est le seul que l'on puisse considérer, puisque la volonté de renoncer n'existe jamais, le créancier n'ayant aucun intérêt à renoncer. Il s'est présenté un cas dans lequel la novation ne pouvait être admise, bien qu'il y eût poursuite personnelle contre l'héritier. L'héritier était débiteur principal d'une dette dont le défunt n'était que caution; le créancier le poursuit. Est-ce comme débiteur ou comme caution? C'était évidemment comme débiteur, car on poursuit le débiteur avant de poursuivre la caution; or, si le créancier poursuivait l'héritier en sa qualité de débiteur, la poursuite n'avait rien

(1) Nîmes, 5 mars 1855 (Dalloz, 1855, 2, 163).
(2) Chabot, t. II, p. 634, nº 4 de l'article 679. Duranton, t. VII, p. 683, nº 495.

de commun avec sa qualité d'héritier, puisque en cette qualité il n'était tenu que comme caution ; donc il ne pouvait être question de novation (1).

**46.** Le défunt fait un legs à l'un de ses enfants ; le legs étant supérieur à la réserve, le légataire renonce à la succession et prend inscription, comme légataire, sur les biens de son frère. Y a-t-il novation par l'acceptation de l'héritier comme débiteur? L'affirmative a été décidée par la cour de cassation (2). Il n'y avait pas de doute dans l'espèce. L'inscription n'est pas un acte dirigé contre la personne, elle est prise sur les biens ; et sur quels biens le légataire avait-il pris inscription? Sur les biens personnels de l'héritier ; or, il n'avait de droit sur ces biens que si le propriétaire était débiteur du legs ; il acceptait donc l'héritier pour débiteur, et partant il y avait novation. Ce qui levait tout doute, c'est que le cessionnaire du legs avait intenté des poursuites en expropriation contre l'héritier en qualité de débiteur personnel du legs. Or, dès que le créancier se venge sur les biens personnels de l'héritier, il le traite évidemment comme débiteur, ce qui, dans le système du code, emporte novation. On voit par cet exemple combien la théorie du code est injuste. Si le légataire avait commencé par saisir les biens de la succession, rien ne l'eût empêché ensuite d'exproprier les biens personnels de l'héritier ; il avait donc deux garanties. Tandis qu'en acceptant l'héritier pour débiteur, il perd son droit de gage sur la succession. Cela est contraire au droit et à l'équité.

**47.** Le créancier reçoit une caution, un gage, une hypothèque de l'héritier ; tous les auteurs s'accordent à décider qu'il y a novation (3). Ils donnent comme raison que le créancier suit la foi de l'héritier. N'est-ce pas décider la question par la question? Il s'agit précisément de savoir si le créancier accepte l'héritier pour débiteur, en recevant une sûreté de lui. Si l'on consulte l'intention du

(1) Nîmes, 27 janvier 1840 (Dalloz, au mot *Faillite*, n° 494).
(2) Arrêt de rejet du 9 janvier 1812 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1438).
(3) Chabot, t. II, p. 635, n° 4 de l'article 879 ; Demolombe, t. XVII, p. 188, n° 163 ; Dalloz, au mot *Succession*, n° 1420.

créancier, certes il n'entend pas renoncer à un droit en acquérant un droit nouveau. Mais il faut laisser la volonté de côté, pour s'en tenir au fait matériel. C'est pour empêcher le créancier d'agir que l'héritier lui donne des garanties réelles qui assurent son payement; accepter ces garanties, c'est donc traiter l'héritier comme débiteur, partant il y a novation d'après le texte de la loi.

**48.** Il a été jugé qu'il y a novation si le créancier poursuit l'expropriation des biens de l'héritier, ou produit seulement dans un ordre ouvert sur lui à la requête de ses créanciers, quand même il se désisterait plus tard de sa demande en collocation (1). Exproprier est l'exercice le plus rigoureux du droit que le créancier a contre son débiteur; donc le créancier qui exproprie l'héritier le traite comme débiteur, et par suite il fait novation. Il suffit qu'il produise dans un ordre, car il se met par là sur la même ligne que les créanciers personnels de l'héritier; c'est dire qu'il se considère comme créancier personnel, ce qui, dans le système du code, entraîne novation. Il a même été jugé à plusieurs reprises qu'il y a novation ou renonciation au droit de séparation, lorsque les biens de l'héritier et ceux de la succession sont vendus simultanément en présence des créanciers, quoique la vente ne se fasse pas sur leur poursuite (2). Il y a ici un motif spécial de décider, c'est que la vente simultanée pour un seul et même prix entraîne la confusion des deux patrimoines, et par suite l'impossibilité de les séparer; or, en assistant à la vente, sans demander que les biens du défunt soient vendus séparément, sans demander que l'on fasse une ventilation pour le prix, les créanciers consentent à la confusion, ce qui implique la volonté de renoncer à la séparation.

**49.** Le créancier accorde un délai à l'héritier, il prolonge le terme : fait-il novation dans le sens de l'article 879? On décide généralement qu'il n'y a pas novation. La raison que M. Demante et M. Demolombe après lui don-

(1) Montpellier, 26 février 1810 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1437). Duranton t. VII p. 683 n° 495.

(2) Arrêt de rejet de la chambre civile du 25 mai 1812; Riom, 3 août 1826; Grenoble, 7 février 1827 (Dalloz, au mot *Succession*, n^os^ 1423 et 1424).

nent pour la négative, suffit, nous semble-t-il, pour rejeter leur opinion : le terme, disent-ils, est censé accordé à la succession (1). Cela implique que si le terme était accordé à l'héritier, il y aurait novation. Or, conçoit-on que les créanciers donnent un terme à la succession? est-ce la succession qu'ils poursuivent, ou avec laquelle ils traitent? et la succession a-t-elle besoin d'un terme? à quoi bon? Le terme est stipulé par une personne et dans l'intérêt d'une personne; il implique l'obligation de payer à l'échéance du terme; donc quand les créanciers consentent à un terme au profit de l'héritier, ils le traitent comme débiteur, partant il y a novation (2).

**50.** Il a été jugé que recevoir de l'héritier les intérêts ou les arrérages de ce qui est dû par le défunt n'emporte pas novation (3). Dans ces termes absolus, la décision nous paraît erronée. Qu'est-ce que les arrérages? C'est plus qu'un accessoire de la dette, c'est la dette elle-même, car dans les rentes perpétuelles il n'y a pas de capital dû, et les rentes viagères n'ont point de capital : est-ce que le créancier qui reçoit du débiteur ce qui lui est dû, ne le considère pas et ne l'accepte pas comme debiteur? Quant aux interêts, ils forment un accessoire de la dette, donc ils font partie de la dette, et ce qui est vrai du principal est vrai des accessoires. Il y a des arrêts qui ont décidé qu'il n'y a pas novation, en se fondant sur des circonstances particulières; dans une espèce, l'héritier était détenteur d'immeubles hypothéqués à la rente; dans une autre, ce n'etait pas le créancier, c'était son receveur qui avait touché les intérêts et arrérages (4). Dans le premier cas, on pouvait dire que l'héritier n'avait pas payé comme débiteur personnel; dans le second, qu'il n'avait eu aucune intention de nover.

(1) Demante, t. III, p. 344, n° 220 *bis* II. Demolombe, t. XVII, p. 187, n° 161. Comparez Duranton, qui donne des motifs pour la novation et se décide contre (t. VII, p. 686, n° 498).
(2) Maleville, t. II, p. 337; Dufresne, n° 29.
(3) Paris, 14 floréal an XI (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1434).
(4) Paris, 1er nivôse an XIII et 23 mars 1824 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1435). La plupart des auteurs approuvent et se prononcent en principe contre la novation (Dalloz, n° 1434, et Demolombe, t. XVII, p. 188, n° 162).

A plus forte raison y aurait-il novation, à notre avis, si le créancier recevait de l'héritier un à-compte : c'est recevoir une partie du capital, et recevoir ce qui est dû de celui qui le doit, n'est-ce pas l'accepter pour débiteur? Il y a cependant un arrêt qui a jugé le contraire et les auteurs l'approuvent (1).

**51.** Que faut-il décider si le créancier reçoit de l'héritier, en remboursement de sa créance, des effets de commerce souscrits par l'héritier, en ajoutant *sauf encaissement*? La cour de Caen a jugé qu'il n'y a pas novation, parce que la réserve, *sauf encaissement*, prouve que l'acceptation de l'héritier pour débiteur n'est que conditionnelle (2). N'est-ce pas confondre la novation spéciale de l'article 879 avec le payement? Sans doute, il n'y a pas de payement, parce que le débiteur n'est libéré que sous une condition qui a fait défaut. Autre est la question de savoir si le créancier, en traitant avec l'héritier pour le payement, conditionnel ou non, l'accepte pour débiteur; l'affirmative ne nous paraît pas douteuse.

**52.** Si le créancier produit à la faillite de l'héritier, y aura-t-il novation? La cour de Paris a jugé que non (3), sans doute parce que la production n'emporte pas intention de nover. Si le créancier n'a d'autre but que de faire reconnaître sa créance, il n'y aura pas de novation; mais est-ce bien dans cette intention que l'on produit? On se présente à la faillite pour être payé, et ce payement on le demande sur les biens du débiteur; c'est certes l'accepter pour tel.

**53.** On voit par ces applications combien la novation, dans le sens de l'article 879, est douteuse. Afin de prévenir ce doute, le créancier peut-il faire des réserves, c'est-à-dire protester qu'il n'entend pas faire novation? Dans notre opinion, le créancier n'a jamais l'intention de renoncer à ses droits contre la succession, à moins que le traité

(1) Grenoble, 21 juin 1841 (Dalloz, au mot *Succession*, nº 1436). Belost-Jolimont sur Chabot, t. II, p. 636, note 2, sur l'article 879.
(2) Nîmes, 18 juillet 1852 (Dalloz, 1851, 2. 206). Barafort approuve (p. 121, nº 85). Demolombe dit oui et non (t. XVII, p. 189, nº 164).
(3) Paris, 23 mars 1824 (Dalloz, au mot *Succession*, nº 1439).

qu'il fait avec l'héritier n'implique qu'il renonce à ses droits moyennant les avantages qui lui sont accordés. Le cas s'est présenté devant la cour de Grenoble. Une transaction était intervenue entre le créancier et l'héritier; le créancier y déclarait qu'il tenait l'héritier quitte, sous différentes conditions qui changeaient la nature de la première dette. C'était une novation véritable, ce qui n'avait pas empêché le créancier de faire ses réserves. La cour décida, et avec raison, que ces réserves étaient en opposition avec les actes du créancier, et partant inopérantes (1). Si l'acte laisse quelque doute sur la question de savoir s'il y a novation, la réserve sera très-utile, en pratique surtout, car les tribunaux l'admettent facilement. L'héritier reconnaît diverses obligations dont le défunt était tenu, il promet de les payer dans les cinq ans, avec intérêts du jour du contrat; le créancier consent, en stipulant la réserve de ses anciens droits, priviléges et hypothèques, *sans novation*. A notre avis, c'était dire dans la réserve le contraire de ce qui se faisait par l'acte; néanmoins la cour l'a admise (2).

**54.** L'article 879 est-il applicable lorsque la succession est échue à un mineur? On sait que, dans ce cas, la succession doit être acceptée sous bénéfice d'inventaire, et la jurisprudence admet que le bénéfice d'inventaire entraîne nécessairement la séparation des patrimoines. De là la question de savoir si les créanciers, en acceptant l'héritier mineur pour débiteur, peuvent renoncer à la séparation des patrimoines. La question ne peut pas même être posée. En effet, l'article 879 suppose que l'héritier est pur et simple, et comme tel débiteur personnel. Or, le mineur est nécessairement héritier bénéficiaire, il n'est donc pas débiteur, et les créanciers ne peuvent pas l'accepter comme tel. Il y a un arrêt en ce sens (3).

(1) Grenoble, 14 janvier 1824 (Dalloz, au mot *Succession*, nº 1428).

(2) Grenoble, 10 avril 1821 (Dalloz, au mot *Succession*, nº 1429). Voyez, dans le même sens, un arrêt de rejet du 30 janvier 1834 (Dalloz, au mot *Succession*, nº 1432). Comparez Barafort, p. 115, nº 76

(3) Nîmes, 5 mars 1855 (Dalloz, 1855, 2, 162)

## § VII. *Effets de la séparation des patrimoines.*

### N° 1. ENTRE LES CRÉANCIERS DE LA SUCCESSION.

**53.** La séparation des patrimoines n'a aucun effet sur les droits respectifs des créanciers du défunt. Cela résulte de la nature même de ce bénéfice ou de cette fiction. Le but est de conserver aux créanciers les droits qu'ils avaient contre le défunt, c'est-à-dire le gage que la loi leur donne sur les biens de leur débiteur, en écartant le concours des créanciers de l'héritier sur ces biens. Donc la séparation est tout à fait étrangère aux rapports des créanciers entre eux. Ces rapports restent ce qu'ils étaient avant l'ouverture de l'hérédité. La mort du débiteur ne peut altérer ni modifier, en quoi que ce soit, la position de ses créanciers. Il se peut qu'il y ait, à la mort du défunt, une nouvelle classe de créanciers, les légataires; comme leurs droits ne naissent qu'au décès de leur débiteur, ils ne peuvent pas porter atteinte aux droits des créanciers. Ceux-ci avaient pour gage le patrimoine du défunt, et ils le conservent. Les légataires ne viennent qu'après eux. C'est l'application du principe : *nemo liberalis nisi liberatus*; le testateur ne peut donner que ce qu'il a; il faut donc commencer par déduire les dettes avant d'acquitter les legs. Si tous les créanciers et légataires demandent la séparation des patrimoines, le règlement de leurs droits est très-simple; on applique la règle établie par l'article 2093 : « Les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers, et le prix s'en distribue entre eux par contribution, à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence. » Ces causes de préférence sont les priviléges et hypothèques. Donc quand les biens héréditaires sont vendus, le prix en est distribué, d'abord aux créanciers privilégiés, puis aux créanciers hypothécaires et enfin aux créanciers chirographaires; les légataires viennent en dernière ligne (1).

(1) Duranton, t. VII, p. 662, n^os 476 et 477. Zachariæ, édition d'Aubry et Rau, t. IV, p. 332 et suiv. Marcadé, t. III, p. 291, n° VI de l'article 880. Mourlon, *Répétitions*, t. II, p. 197

**56.** Pour que les créanciers privilégiés et hypothécaires puissent exercer leurs droits de préférence, il faut qu'ils aient conservé leurs priviléges et hypothèques; il faut donc qu'ils aient pris inscription, et ces inscriptions doivent être renouvelées avant qu'elles soient périmées. C'est le droit commun, tel que nous l'exposerons au titre des *Hypothèques*. Doivent-ils prendre en outre l'inscription prescrite par l'article 2111 (art. 39 de la loi hypothécaire belge)? La négative est certaine. En effet, l'inscription de l'article 2111 n'est exigée que pour exercer le droit de préférence que les créanciers ont sur les immeubles de l'hérédité à l'égard des créanciers de l'héritier. Or, nous supposons que les créanciers de l'héritier ne sont pas en cause; il s'agit uniquement de régler les rapports des créanciers du défunt entre eux; et ces rapports se règlent d'après le droit commun : il suffit donc de l'inscription hypothécaire, qui assure aux créanciers hypothécaires et privilégiés leur rang de préférence à l'égard des créanciers chirographaires (1).

**57.** Les créanciers chirographaires du défunt sont les plus intéressés à demander la séparation des patrimoines, et par suite à prendre inscription sur les immeubles de la succession. Il en est de même des légataires quand le testateur ne leur a pas accordé d'hypothèque pour la garantie de leurs legs. Il se peut que les uns prennent inscription et que les autres n'en prennent pas. De là des difficultés très-sérieuses. Est-ce qu'un créancier du défunt peut demander la séparation des patrimoines contre un autre créancier du défunt? L'un est inscrit et demande la séparation, un second n'est pas inscrit et ne demande pas la séparation : est-ce que le premier sera payé de préférence au second? Il y a sur cette question un excellent arrêt de la cour de Grenoble; nous allons l'analyser.

Quel est le but de la séparation des patrimoines? C'est de conserver sur le patrimoine du défunt le gage que la loi donne aux créanciers sur les biens de leur débiteur; ce

(1) Zachariæ, édition d'Aubry et Rau, t. IV, p. 333 et note 40. Demolombe, t. XVII, p, 220, nº 196

gage est distribué aux créanciers du défunt, de préférence aux créanciers de l'héritier. Quant aux droits des créanciers entre eux, ils restent ce qu'ils étaient; la mort du débiteur n'y change rien, et la séparation des patrimoines est étrangère à leurs rapports. Les textes sont tous conçus en ce sens. Aux termes de l'article 878, les créanciers du défunt peuvent demander la séparation des patrimoines *contre tout créancier de l'héritier;* c'est donc contre les créanciers de l'héritier que la séparation est exercée. L'article 2111 dit que les créanciers qui demandent la séparation doivent prendre inscription sur les immeubles de la succession, à l'effet de conserver leur privilége *à l'égard des créanciers de l'héritier.* De même l'article 39 de la loi belge porte que les créanciers conservent le droit de demander la séparation *à l'égard des créanciers de l'héritier* par une inscription prise sur les immeubles de l'hérédité. Nulle part il n'est dit que la séparation puisse être demandée par un créancier contre l'autre; ce ne serait plus là une séparation des patrimoines, ce serait un privilége, une préférence entre créanciers, et les seules causes de préférence entre créanciers sont les hypothèques et les priviléges mobiliers; quant à la séparation des patrimoines, elle n'est une cause de préférence qu'à l'égard des créanciers de l'héritier.

On fait une objection, et elle est très-spécieuse. La succession a été acceptée purement et simplement; par suite, les créanciers du défunt sont devenus les créanciers personnels de l'héritier; ceux d'entre eux qui demandent la séparation sont considérés comme créanciers de la succession; mais ceux qui ne la demandent pas restent créanciers de l'héritier, et ils sont par conséquent sur la même ligne que ses créanciers personnels. Donc les créanciers héréditaires qui demandent la séparation peuvent l'exercer contre les uns aussi bien que contre les autres. On répond, et la réponse est péremptoire, que la loi, en parlant des créanciers de l'héritier à l'égard desquels la séparation est demandée, n'a pu avoir en vue que les créanciers personnels de l'héritier, car elle oppose précisément les créanciers de l'héritier aux créanciers du défunt; ceux-ci sont demandeurs en séparation, et les autres défendeurs; on ne

conçoit donc pas que les créanciers du défunt, que la loi suppose demandeurs, soient, au contraire, défendeurs. L'esprit de la loi ne laisse aucun doute. Quel est le danger contre lequel la loi donne la garantie de la séparation des patrimoines? Ce sont les dettes contractées par l'héritier lors de l'ouverture de l'hérédité; c'est donc contre les créanciers de ces dettes, et uniquement contre eux, que la séparation peut être demandée.

On fait encore d'autres objections dans lesquelles nous croyons inutile d'entrer parce qu'elles n'ébranlent pas l'opinion générale que nous avons embrassée, et qui a pour appui deux bases inébranlables, le texte et l'esprit de la loi (1).

**58.** On applique les mêmes principes aux rapports des légataires entre eux. Celui qui demande la séparation des patrimoines ne peut pas s'en prévaloir contre ceux qui ne la demandent pas. La cour de Paris l'a décidé ainsi par un arrêt très-bien motivé (2). Entre les légataires, il n'y a aucune préférence, sinon celle qui résulte de l'hypothèque que le testateur accorde à l'un d'eux. Si aucun n'a une garantie hypothécaire, tous sont égaux, et il ne peut dépendre de la volonté de l'un d'eux d'acquérir un droit de préférence contre les autres. Vainement dirait-on que le légataire qui ne demande pas la séparation devient créancier personnel de l'héritier, tandis que celui qui la demande, restant créancier de la succession, peut exercer son droit de préférence contre tous les créanciers de l'héritier, y compris le légataire qui a négligé de demander la séparation. On répond comme nous venons de le faire pour les créanciers. La séparation des patrimoines n'est pas deman-

(1) La cour de Grenoble répond à toutes les objections (arrêt du 21 juin 1841, dans Dalloz, au mot *Succession*, n° 1494). Comparez Bordeaux, 26 avril 1864 (Dalloz, 1864, 2, 220). Rejet, 4 décembre 1871 (Dalloz, 1871, 1, 249, et le réquisitoire de l'avocat général). Zachariæ, édition d'Aubry et Rau, t. IV, p 334, note 43. Demolombe, t. XVII, p. 275, n° 222. Barafort, p. 358, n° 208. En sens contraire, Lyon, 17 avril 1822 (Dalloz, au mot *Priviléges et Hypothèques*, n° 709, 2°). Blondeau, *Séparation des patrimoines*, p. 481 et suiv., et Fouët de Conflans, *Esprit de la jurisprudence sur les successions*, sur l'article 878, n° 11.

(2) Paris, 14 novembre 1838 (Dalloz, au mot *Priviléges et Hypothèques*, n° 709, 1°). Barafort, p. 374, n° 218.

dée par un légataire contre un légataire, mais par les légataires contre les créanciers de l'héritier, et par créanciers de l'héritier on entend, non les légataires qui auraient négligé de prendre inscription, mais les créanciers personnels de l'héritier. Si le législateur a permis, par une fiction, de séparer des patrimoines qui, en réalité, sont confondus, c'est uniquement pour assurer aux légataires comme aux créanciers le gage des biens de la succession; il n'a pas entendu donner à l'un des légataires une préférence à l'égard de l'autre. Il n'y avait aucune raison pour leur en accorder une; tous les légataires puisent leur droit dans la volonté du testateur; c'est au testateur seul à établir une préférence, s'il le veut; s'il ne l'a pas fait, la condition de tous est et doit rester égale.

**59.** La condition des créanciers et des légataires peut cependant changer quand l'un d'eux stipule des hypothèques de l'héritier, ou d'autres sûretés spéciales qui lui donnent un droit de préférence. Ils cessent, dans ce cas, d'être créanciers de la succession et deviennent créanciers personnels de l'héritier, avec un droit de préférence à l'égard des autres créanciers. Devenus créanciers hypothécaires, ils sont comme tels préférés à tous les créanciers chirographaires, même ceux de la succession, puisque ceux-ci, par suite de la confusion des patrimoines, sont sur la même ligne que les créanciers personnels de l'héritier. Il n'y a qu'un moyen pour les créanciers du défunt d'écarter les créanciers hypothécaires de l'héritier, c'est de demander la séparation des patrimoines. Donc s'ils veulent être payés de préférence à ceux d'entre eux qui obtiendraient des sûretés spéciales de l'héritier, ils doivent demander la séparation. En vain diraient-ils qu'il s'agit de cocréanciers, et qu'ils n'ont pas besoin de demander la séparation dans leurs rapports avec les autres créanciers; on leur répondrait que cela est vrai tant que leurs cocréanciers se présentent comme créanciers du défunt; mais cela n'est plus vrai quand ils ont fait novation, en stipulant des hypothèques; le conflit existe, dans ce cas, entre créanciers du défunt et créanciers de l'héritier, donc les premiers ont besoin de la séparation pour écarter les

seconds. Les créanciers du défunt objecteraient tout aussi vainement qu'en leur qualité de créanciers, ils doivent être payés avant les légataires; cela est vrai lorsque les légataires n'ont pas d'autre droit que celui qu'ils tiennent du défunt; cela n'est plus vrai quand les légataires se présentent comme créanciers hypothécaires de l'héritier. Sur ce point, tous les auteurs sont d'accord (1).

**60.** Les créanciers chirographaires doivent-ils prendre inscription pour être payés de préférence aux légataires? On enseigne généralement l'affirmative. Il est vrai, dit-on, que les créanciers doivent être payés avant les légataires; mais pour que ce principe reçoive son application, il faut que le concours s'établisse entre les créanciers et les légataires du défunt. Il en est ainsi lorsque la succession est acceptée sous bénéfice d'inventaire; dans ce cas, le patrimoine du défunt est séparé de celui de l'héritier, et les biens de la succession sont distribués entre les créanciers et les légataires du défunt, conformément au principe : *nemo liberalis nisi liberatus*. Mais quand la succession est acceptée purement et simplement, les créanciers et légataires du défunt deviennent les créanciers personnels de l'héritier; la différence entre les légataires et les créanciers est effacée; pour la maintenir, il faut que les créanciers demandent la séparation des patrimoines. S'ils ne la demandent pas, ils ne peuvent pas invoquer la maxime *nemo liberalis* (2). La jurisprudence est d'accord avec la doctrine (3).

Il nous reste un scrupule d'équité. Les créanciers doivent l'emporter sur les légataires lorsqu'il n'y a pas de valeurs suffisantes pour acquitter les legs. Or, cette insuffisance existe dès l'ouverture de l'hérédité; l'héritier reçoit les biens du défunt grevés de dettes et de legs, mais avec cette condition qu'il payera les dettes avant les legs. Est-ce que la confusion des patrimoines fait obstacle à cette distri-

(1) Zachariæ, édition d'Aubry et Rau, t. IV, p. 333 et suiv., et note 42. Barafort, p. 93, note 56.

(2) Zachariæ, édition d'Aubry et Rau, t. IV, p. 333 et note 41; Demolombe, t. XVII p. 136, n° 122. Barafort, p. 337, n° 221.

(3) Arrêts de rejet du 2 prairial an XII et du 6 décembre 1823 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1497, 1° et 2°).

bution des deniers héréditaires? Oui, quand, de fait, les créanciers ne peuvent pas prouver quelle est la consistance de l'hérédité. Mais s'il y a un inventaire, l'objection tombe. La cour de cassation dit que lorsque l'héritier n'accepte pas sous bénéfice d'inventaire, et que les créanciers ne demandent pas la séparation des patrimoines, il y a présomption légale que les biens du défunt suffisent pour faire face aux legs. S'il n'y avait d'autre raison que celle-là pour payer les légataires concurremment avec les créanciers, il faudrait maintenir la maxime *nemo liberalis;* car il n'y a pas de présomption légale sans loi, et il n'y a pas de loi qui établisse la prétendue présomption invoquée par la cour. On objecte que, par suite de la confusion des patrimoines, les créanciers et les légataires deviennent indistinctement créanciers de l'héritier; et comme tels, il n'y a plus de différence à faire entre eux. Voilà un argument juridique; mais ne peut-on pas répondre qu'entre créanciers et légataires, la séparation ne doit pas être demandée? ne peut-on pas dire avec Pothier que l'héritier reçoit avec la charge de payer les créanciers et les légataires, et les créanciers avant les légataires? Malgré ces doutes, nous croyons qu'il faut s'en tenir à l'opinion générale; non à cause de la confusion des patrimoines, mais parce qu'aucune loi ne consacre le principe *nemo liberalis;* dès lors les créanciers ne peuvent pas l'invoquer contre la confusion des patrimoines et les conséquences qui en résultent. En définitive, il y a une lacune dans la loi; c'est pour la constater que nous avons exposé nos doutes.

**61**. Un légataire prend inscription dans les six mois sur les immeubles de la succession : sera-t-il payé de préférence au créancier qui ne s'inscrit qu'après ce délai, ou qui ne s'inscrit pas? D'après la loi hypothécaire belge, l'inscription après les six mois est inopérante, puisqu'il n'y a plus d'hypothèque légale attachée au droit de préférence des créanciers. L'inscription du légataire est également inefficace à l'égard des créanciers du défunt. Si un légataire ne peut pas obtenir une préférence à l'égard d'un autre légataire, en demandant la séparation, il ne peut

pas davantage acquérir une préférence à l'égard d'un créancier : la séparation des patrimoines n'est pas établie pour les rapports des créanciers et des légataires entre eux ; elle n'a qu'un but, et elle ne peut avoir qu'un effet, c'est de donner à ceux qui la demandent une préférence à l'égard des créanciers de l'héritier. La doctrine et la jurisprudence sont en ce sens (1).

#### N° 2. ENTRE LES CRÉANCIERS DU DÉFUNT ET CEUX DE L'HÉRITIER.

*Principe.*

**62**. La séparation des patrimoines est demandée contre les créanciers de l'héritier. Quand elle est prononcée par le juge, il en résulte que les biens de la succession restent le gage des créanciers du défunt ; ceux-ci sont donc préférés aux créanciers de l'héritier contre lesquels ils ont obtenu la séparation. On demande si cette séparation constitue un privilége, dans le sens légal du mot. La question se présente surtout pour les immeubles. Elle était controversée sous l'empire du code civil. Le texte de l'article 2111 paraissait la trancher, puisqu'il donnait le nom de privilége au droit que les créanciers ont d'être payés de préférence aux créanciers de l'héritier sur les immeubles de la succession. Néanmoins d'excellents auteurs soutenaient que cette qualification était impropre. Il est certain, comme nous en avons déjà fait la remarque, que la définition du privilége, donnée par l'article 2095, n'est pas applicable au droit des créanciers ; si l'on s'en tenait à cette définition, les créanciers privilégiés de l'héritier devraient l'emporter sur les créanciers chirographaires du défunt. De plus, un privilége suppose le concours de plusieurs créanciers sur les biens d'un seul et même débiteur ; or, quand il y a séparation des patrimoines, le mot même nous indique qu'il y a deux débiteurs, la succession et l'héritier. Vainement dit-on que c'est là une fiction ; sans doute, mais

(1) Grenoble, 21 juin 1841 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1499). Bruxelles, 12 août 1864 (*Pasicrisie*, 1864, 2, 385). Barafort, p. 379, n° 229.

toute la théorie de la séparation des patrimoines repose sur cette fiction; il faut bien l'accepter quand il s'agit d'en déterminer les effets. Reste l'argument de texte de l'article 2111 : on y répondait par l'article 2103, qui énumère les priviléges et ne mentionne pas la séparation des patrimoines. C'est seulement dans la section II que le législateur parle de la séparation, et ce n'est que pour la soumettre à une condition de publicité (1). Cette argumentation, très-forte en théorie, échouait contre la lettre de la loi; comment effacer de l'article 2111 la qualification de privilége, que le législateur donne à la séparation des patrimoines, au titre des *Priviléges?* L'opinion contraire avait prévalu, et il en résultait une conséquence importante, c'est que l'article 2113 recevait son application au privilége de séparation : de là le principe qui joue un si grand rôle dans les débats de la séparation des patrimoines, que les créanciers ont un privilége immobilier quand ils s'inscrivent dans les six mois et une hypothèque légale quand ils prennent inscription après ce délai.

Le législateur belge a fait droit à la critique dont nous venons d'exposer les éléments; en reproduisant l'article 2111 dans l'article 39, il en a retranché le mot *privilége*; ce qui est décisif; de plus il n'a pas reproduit l'article 2113, en ce qui concerne la séparation des patrimoines; il a donc rejeté le principe et la conséquence la plus importante qui en découlait. Ainsi la séparation n'est plus un privilége, c'est une simple préférence que la loi accorde aux créanciers du défunt sur les créanciers de l'héritier, préférence qui est conservée par l'inscription que les créanciers doivent prendre sur chacun des immeubles de la succession. Cette préférence, bien qu'elle ne soit pas un privilége proprement dit, a cependant quelques caractères du privilége, notamment celui de la réalité. Les créanciers ont un droit dans les immeubles, droit qui leur assure la préférence sur les hypothèques que l'héritier consent dans les six mois, droit qui leur donne même, dans de

(1) Troplong, *Des hypothèques*, t. I, n° 323 Zachariæ, édition d'Aubry et Rau, t. IV, p. 329, note 37. Comparez Demolombe, t. XVII, p. 232, n°s 206 et suiv.

certaines limites, le droit de suivre l'immeuble dans les mains des tiers acquéreurs.

**63.** Cette dernière question était vivement controversée sous l'empire du code civil. Le code ne défendait pas au propriétaire d'aliéner, au préjudice des créanciers du défunt, mais il leur accordait un privilége; or, tout privilége immobilier donne le droit de suite : c'est la disposition formelle de l'article 2166. Ce même article attache aussi le droit de suite aux hypothèques; or, le privilége de séparation implique une hypothèque, en vertu de l'article 2113. Donc les créanciers avaient en tout cas le droit de suivre les immeubles de la succession entre les mains des tiers, à condition de prendre inscription sur ces immeubles, soit dans le délai de six mois, soit après l'expiration de ce délai. La jurisprudence était en ce sens, mais d'excellents auteurs refusaient de s'y soumettre, et déniaient tout droit de suite aux créanciers du défunt (1). Nous n'entrons pas dans cette controverse, parce que notre loi hypothécaire l'a tranchée. D'une part, elle a enlevé ses bases au droit de suite, en ne donnant pas au droit de séparation la qualification de privilége, et en n'y attachant pas une hypothèque légale. On peut soutenir, il est vrai, que la séparation confère un droit réel aux créanciers, mais c'est un droit réel d'une nature particulière; la loi elle-même en détermine les effets. L'héritier, étant propriétaire des biens compris dans la succession, a le droit de les hypothéquer et de les aliéner; ces hypothèques et ces aliénations peuvent-elles être opposées aux créanciers qui ont pris inscription sur les immeubles héréditaires? L'article 39 distingue : « Jusqu'à l'expiration du délai de six mois, aucune hypothèque ne peut être établie sur ces biens, ni aucune aliénation en être consentie par les héritiers, au préjudice des créanciers et légataires. » Après l'expiration du délai, l'héritier rentre dans la plénitude de ses droits, comme nous l'avons dit plus haut (n° 34). Les créanciers

(1) Voyez la jurisprudence dans Barafort, p. 300, n° 191. Rejet. 27 juillet 1870 (Dalloz, 1871, 1, 352). En ce sens, Barafort, p. 289 n$^{os}$ 187, 189 et les auteurs qu'il cite. En sens contraire, Zachariæ, édition d'Aubry et Rau, t. IV, p. 343 et note 52.

ont donc un droit de suite, mais limité. Si l'aliénation faite dans les six mois, ils peuvent saisir l'immeuble entr les mains du tiers détenteur, comme s'il était encore dans la main de l'héritier. Voilà bien le droit de suite, ce qui implique l'existence d'un droit réel. Le principe est important, nous allons voir la conséquence qui en dérive.

61. On suppose qu'il y a plusieurs héritiers. Les dettes se divisent, en ce cas, entre eux, à raison de leur part héréditaire (art. 1220). Cette division des dettes entraîne-t-elle aussi la division du droit de suite qui appartient aux créanciers du défunt en vertu de la séparation des patrimoines prononcée par le juge? Voici l'intérêt de la question. Les créanciers du défunt ont obtenu la séparation contre les créanciers de tous les héritiers; il s'agit d'exécuter la séparation; devront-ils diviser leur action, en ce sens que chaque héritier ne sera tenu, sur les biens de la succession qu'il détient, que jusqu'à concurrence de sa part héréditaire? Si les biens étaient partagés également entre les héritiers, la question ne se présenterait pas. Elle est, au contraire, très-importante lorsque les immeubles sont mis dans le lot de l'un ou de quelques-uns des héritiers, tandis que les autres reçoivent du mobilier ou des soultes; si l'action des créanciers du défunt est divisée, ils ne pourront poursuivre l'héritier detenteur des immeubles que pour sa part héréditaire, et leur action contre les autres sera inefficace s'ils sont insolvables. On s'est prévalu des inconvénients de la division des dettes pour soutenir que l'action des créanciers est indivisible. C'est mal raisonner, nous semble-t-il. Les inconvénients qui résultent d'un principe concernent le législateur; c'est à lui de voir si, à raison de ces inconvénients, il doit apporter une dérogation au principe. L'interprète n'a pas à s'occuper de ce qui doit être, mais de ce qui est. Il faut donc laisser de côté les difficultés pratiques et examiner la question au point de vue du droit.

Nous croyons que l'action des créanciers ne se divise pas. A notre avis, la question a été mal posée, voilà pourquoi la controverse est interminable. Quelle est l'action qui appartient aux créanciers? Il ne s'agit plus de deman-

der la séparation, nous supposons qu'elle est prononcée. Le patrimoine du défunt est donc séparé du patrimoine de l'héritier. Qu'est-ce à dire? Les deux patrimoines étaient confondus, et par suite les créanciers du défunt étaient devenus les créanciers des héritiers; comme tels, ils n'auraient pu agir contre chaque héritier que pour sa part héréditaire, cela est de toute évidence. Mais ils demandent et obtiennent la séparation des patrimoines. De là suit qu'ils ne sont plus considérés comme créanciers de l'héritier; ils sont considérés comme créanciers de la succession. C'est une fiction, mais cette fiction, il faut l'accepter, puisqu'elle est le fondement de la séparation des patrimoines. Lors donc qu'ils demandent leur payement, c'est contre la succession que leur action se dirige; si la loi avait poussé la fiction à bout, elle aurait dû exiger la nomination d'un curateur à l'hérédité, contre lequel les créanciers auraient agi. Elle ne va pas jusque-là. Il y a des héritiers purs et simples, ils sont saisis des biens héréditaires; c'est contre eux que les créanciers doivent former leur demande. Mais en quelle qualité les héritiers sont-ils actionnés? Ici est le nœud de la difficulté; ici il y a confusion dans la doctrine et dans la jurisprudence. Il faut maintenir la fiction, et dire que l'action est formée contre les héritiers, non comme débiteurs personnels, comme représentants de la personne du défunt; elle est formée contre eux comme détenteurs des biens héréditaires. Nous disons que les héritiers ne sont pas actionnés comme débiteurs personnels : cela nous paraît évident, parce que c'est une conséquence logique de la fiction. Les créanciers ne peuvent pas poursuivre les héritiers comme débiteurs personnels, car les héritiers ne sont pas leurs débiteurs; nous avons déjà dit en quel sens cela est vrai; si les créanciers du défunt poursuivaient les héritiers comme tels, ils perdraient le bénéfice de la séparation, aux termes exprès de l'article 879; donc, fictivement parlant, les héritiers ne sont pas débiteurs des créanciers héréditaires. En quelle qualité peuvent-ils donc être actionnés? Ils ne peuvent l'être que comme détenteurs des biens héréditaires; c'est dire que l'action intentée contre eux est réelle, et fondée

sur un droit réel. Par cela même, elle est indivisible : les créanciers saisissent les biens là où ils les trouvent, sans s'inquiéter de la qualité des possesseurs (1).

La cour de cassation objecte qu'en vertu de l'article 1220, toute action contre les héritiers se divise ; ce principe, dit-elle, ne reçoit d'autres exceptions que celles qui sont prévues par l'article 1221 ; or, la loi ne fait pas exception pour la séparation des patrimoines, celle-ci reste, par cela même, sous l'empire de la règle (2). Cette argumentation serait parfaite, s'il s'agissait d'une action personnelle des créanciers contre les héritiers en leur qualité de représentants du défunt ; mais l'argument tombe s'il est reconnu que les héritiers ne peuvent pas être poursuivis comme débiteurs personnels. Or, il suffit de lire l'article 1220 invoqué par la cour pour se convaincre qu'il n'est pas applicable à l'action des créanciers : « Les héritiers, dit la loi, ne sont *tenus de payer* les obligations divisibles (contractées par le défunt) que pour les parts dont ils sont *tenus* comme *représentant le débiteur*. » Ainsi il n'y a lieu à la division des dettes que lorsque les héritiers sont poursuivis comme débiteurs personnels. Or, les créanciers ne peuvent pas les poursuivre comme tels ; cela décide la question. Vainement dira-t-on, avec la cour de cassation, que nous faisons une exception à la divisibilité des dettes, exception que la loi ignore. Nous répondons que dans notre opinion le principe même de la divisibilité ne reçoit pas d'application à la séparation des patrimoines ; ce n'est pas faire exception à une règle que de dire que la règle est inapplicable.

Les éditeurs de Zachariæ font une objection plus spécieuse : ils nient le droit réel que nous invoquons. Quel est, disent-ils, le prétendu droit réel que les créanciers

(1) Comparez Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, p. 535, n° 766. Demante, t. III, p. 319, n° 222 *bis* II. Zachariæ, traduction de Massé et Vergé, t. II, p. 334, note 19. Barafort, p. 347, n° 198. Il y a quelques arrêts en faveur de cette opinion (voyez Dalloz, au mot *Succession*, n° 1491, et au mot *Faillite*, n° 491).

(2) Arrêt de cassation du 9 juin 1857 (Dalloz, 1857, 1, 295) et, sur renvoi, Rennes, 14 janvier 1858 (Dalloz, 1858, 2, 54); Besançon, 2 mai 1860 (Dalloz, 1860, 2, 193); Limoges, 16 juin 1860 (Dalloz, 1861, 2, 71). Voyez, en ce sens, Demolombe, t. XVII, p. 248, n° 211 et les auteurs qu'il cite.

exercent contre les héritiers? C'est le droit de gage que les créanciers ont sur les biens de leur débiteur (art. 2092 et loi hypothécaire belge, art. 7). Or, ce droit sur les biens n'est que l'accessoire de l'action personnelle, et celle-ci se divise; donc l'action sur les biens se divise également; partant les créanciers du défunt ne peuvent agir contre chaque héritier que pour sa part héréditaire (1). En raisonnant ainsi, MM. Aubry et Rau ne tiennent aucun compte de la fiction qui sert de base à la séparation des patrimoines. Sans doute si les créanciers agissaient contre l'heritier en sa qualité de débiteur personnel tout ensemble et de détenteur des biens héréditaires, ils devraient diviser leur action. Mais la fiction de la séparation implique qu'ils ne peuvent pas agir contre lui comme débiteur, ils ne l'acceptent pas comme tel, dit l'article 879; donc ils le poursuivent comme détenteur des biens. Peu importe, dira-t-on, c'est toujours l'action de l'article 2092 qu'ils exercent, et cette action n'est pas réelle, puisqu'elle ne donne pas le droit de suite. Il y a plus d'une réponse à faire à cette objection. D'abord, il n'est pas exact de dire qu'il est de l'essence du droit réel de donner le droit de suite; les privilèges mobiliers sont des droits réels, et ils ne donnent cependant pas au créancier le droit de suivre les meubles entre les mains des tiers. Puis, est-il bien vrai que l'action des créanciers est celle de l'article 2092? C'est cette action, mais profondément modifiée, modifiée par le code civil, modifiée par la loi hypothécaire belge. Est-ce que l'article 2092 donne aux créanciers un droit de préférence sur les hypothèques consenties par leur débiteur? Eh bien, les créanciers ont ce droit en vertu de l'article 2111, ce qui implique que leur droit est un droit réel. Est-ce que l'article 2092 défend au débiteur d'aliéner ses immeubles au préjudice de ses créanciers? Eh bien, l'article 39 de notre loi hypothécaire établit cette garantie en faveur des créanciers héréditaires; donc leur droit est réel, et par conséquent l'action qu'ils forment contre les héritiers est réelle, ce qui met l'article 1220 hors de cause.

(1) Aubry et Rau sur Zachariæ, t. IV, p. 345, note 53.

L'esprit de la loi, en ce qui concerne la séparation des patrimoines, est en harmonie avec cette doctrine. Que veut le législateur? Il veut que les créanciers aient, après la mort de leur débiteur, les mêmes droits qu'ils avaient de son vivant. Or, tous les biens du débiteur sont le gage de ses créanciers; donc ce gage, indivisible tant que le débiteur vivait, doit rester indivisible lorsque les créanciers demandent qu'il soit séparé du patrimoine des héritiers. Sans doute les héritiers peuvent se partager la succession; la demande en séparation ne change rien à leurs droits, mais aussi le partage de l'hérédité ne peut altérer les droits des créanciers. Il y a ici deux droits en conflit: le droit que la transmission de l'hérédité donne aux héritiers, et le droit que la séparation des patrimoines donne aux créanciers. Ce qui complique la difficulté, c'est que la séparation est une fiction. Il faut tenir compte de cette fiction et la maintenir en face du droit des héritiers. Or, dans le système qui divise les dettes à l'égard des créanciers, on oublie entièrement la fiction; la séparation fait place à la confusion, car la division des dettes est une suite de l'acceptation de plusieurs héritiers, c'est-à-dire de la confusion. Cette acceptation avec toutes ses conséquences subsiste à l'égard des héritiers. Mais si on la maintient à l'égard des créanciers, on porte atteinte à leurs droits; car on leur enlève une partie de leur gage, alors que la séparation devait leur conserver ce gage intact, indivisible, tel qu'il l'était avant la mort de leur débiteur (1).

**65.** Les auteurs français agitent encore une question qui est connexe avec celle que nous venons de traiter. On demande si les créanciers qui ont pris inscription sur les immeubles peuvent poursuivre les héritiers, détenteurs de ces immeubles, par l'action hypothécaire. Si l'on admet que la séparation des patrimoines est un vrai privilége et que ce privilége implique une hypothèque, c'est-à-dire que l'article 2113 est applicable à l'article 2111, il faut être

(1) Comparez Bonnier, dans la *Revue de législation de Wolowski*, t. XIV, p. 483; Barafort, p. 323 et 324.

conséquent et reconnaître aux créanciers qui ont conservé leur privilége ou leur hypothèque légale, l'action hypothécaire attachée à toute hypothèque ainsi qu'aux priviléges immobiliers. Or, l'hypothèque est indivisible, ainsi que l'action hypothécaire. On rentre donc dans le texte des exceptions que l'article 1221 consacre au principe de la division des dettes ; car la loi porte que le principe de la division des dettes reçoit exception à l'égard des héritiers du débiteur, dans le cas où la dette est hypothécaire (1).

Nous n'entrons pas dans ce débat, parce que la question est tranchée implicitement par la loi hypothécaire belge. La séparation des patrimoines n'est plus un privilége, ni par conséquent un droit garanti par une hypothèque légale. Tout ce que l'on peut soutenir, c'est que l'inscription sur les immeubles de la succession donne un droit réel aux créanciers, principe qui suffit, à notre avis, pour décider la question en leur faveur.

### II. *Applications.*

**66.** Un créancier hypothécaire est inscrit sur les immeubles de son débiteur : cette inscription suffit-elle pour qu'après le décès du débiteur il puisse exercer les droits que la loi attache à la séparation des patrimoines, ou doit-il prendre une nouvelle inscription en vertu de l'article 39 (2111, C. civ.)? Voici l'intérêt de la question. Le créancier hypothécaire, inscrit pour un capital produisant intérêts, a droit d'être colloqué pour trois années seulement, au même rang que pour son capital. Tel est l'effet que l'inscription produit au profit du créancier hypothécaire (art. 87 de la loi belge et 2151 du code civil). L'inscription prise en vertu de l'article 39 (2111, C. civ.) est plus efficace; elle donne au créancier la préférence, à l'égard des créanciers de l'héritier, pour tout ce qui lui est dû, capital et intérêts. Il a été jugé par la cour de cassation que le créancier hypothécaire qui a pris inscription en

(1) Barafort, p. 339, n° 197 et les autorités qu'il cite. En sens contraire, Zachariæ, édition d'Aubry et Rau, p. 343 et note 53, et Demolombe, t. XVII, p. 249, n° 210.

vertu de son hypothèque n'est pas tenu de prendre une nouvelle inscription après le décès de son débiteur; que son inscription hypothécaire suffit pour lui assurer tous les avantages attachés à la séparation des patrimoines (1). Nous n'hésitons pas à dire que cette décision, critiquée par tous les auteurs (2), est en opposition avec le texte et avec l'esprit de la loi.

L'article 878, qui établit le principe de la séparation des patrimoines, ne distingue pas entre les créanciers hypothécaires et les créanciers chirographaires; tous, sans distinction, jouissent de ce bénéfice. Et que dit l'article 2111? Les créanciers ayant, aux termes de l'article 878, le droit de demander la séparation des patrimoines, conservent ce droit par l'inscription prise sur chacun des immeubles de la succession, dans les six mois de l'ouverture de l'hérédité. L'article 2111 du code civil est conçu à peu près dans les mêmes termes; il se réfère également à l'article 878 : « Les créanciers qui demandent la séparation du patrimoine du défunt, *conformément à l'article* 878, conservent leur privilége sur les immeubles de la succession, par les inscriptions faites sur chacun de ces biens dans les six mois. » Ce sont donc les créanciers ayant, d'après l'article 878, le droit de demander la séparation des patrimoines, qui doivent prendre inscription dans les six mois, s'ils veulent conserver leur droit de séparation; partant tous les créanciers, sans distinction entre les créanciers chirographaires et les créanciers hypothécaires Qu'importe que ceux-ci soient déjà inscrits? C'est leur hypothèque qui est inscrite, ce n'est certes pas la séparation des patrimoines, puisqu'elle n'existait pas encore lors de l'inscription de l'hypothèque. Vainement dit-on que l'inscription hypothécaire rend inutile une nouvelle inscription. L'objection est d'une faiblesse extrême : elle confond l'hypothèque avec la séparation des patrimoines. Pourquoi l'hypothèque doit-elle être inscrite? Pour que les tiers

(1) Arrêt du 30 novembre 1847 (Dalloz, 1848, 1, 41). Dans le même sens, Bourges, 14 décembre 1853 (Dalloz, 1855, 2, 119).

(2) Martou, *Commentaire*, t. II, p. 286, nº 678; Demolombe, t. XVII, p. 216, nº 195; Barafort, p. 269 et suiv., nºs 180, 181.

sachent quels immeubles sont grevés d'hypothèque. Pourquoi les créanciers qui veulent demander la séparation des patrimoines doivent-ils prendre inscription? Afin que les tiers sachent qu'en traitant avec l'héritier ils ne peuvent pas compter sur les biens de la succession. Est-ce que l'inscription de l'hypothèque leur apprend que le créancier hypothécaire demandera la séparation des patrimoines? Dans l'espèce décidée par la cour de cassation, l'inscription hypothécaire avertissait les tiers que le créancier avait droit à être colloqué pour trois années d'intérêts *seulement*; le texte de la loi est restrictif. Tandis que, d'après l'arrêt de la cour de cassation, les tiers ont été primés par le créancier pour tous les intérêts échus : l'inscription, au lieu de les éclairer, les a donc trompés; est-ce là le but de la publicité organisée par la loi hypothécaire? Même matériellement parlant, l'inscription de l'article 39 diffère de l'inscription hypothécaire : celle-ci indique l'hypothèque pour laquelle elle est prise, elle a un but et un effet spécial : l'autre indique que c'est un créancier du défunt qui s'inscrit sur les biens de la succession, afin de conserver le droit de préférence que lui donne la séparation des patrimoines. La cour de cassation a donc confondu deux formalités qui diffèrent quant aux indications qu'elles contiennent, quant au but que le législateur a eu en vue et quant à l'effet qu'elles produisent.

**67.** La séparation des patrimoines ne peut être opposée aux créanciers de l'héritier, que si les créanciers du défunt ont rempli les conditions prescrites par la loi pour la conservation de leur droit. Dans l'espèce que nous venons de discuter, la jurisprudence dispense, en réalité, les créanciers hypothécaires de l'une de ces conditions, l'inscription. Dans une autre espèce, les créanciers chirographaires qui n'avaient pas demandé la séparation prétendaient que leur droit était conservé par la demande de leurs cocréanciers. La cour de cassation repoussa cette étrange prétention. N'est-il pas de principe que la séparation des patrimoines donne aux créanciers du défunt un droit individuel? La conséquence évidente est que le créancier qui demande la séparation des patrimoines et qui s'inscrit,

doit seul profiter de la séparation. On a soutenu qu'il agissait, sinon comme mandataire tacite, au moins comme gérant d'affaires. Le conseiller rapporteur a raison de dire que ce sont là de vaines allégations. Y a-t-il mandat sans consentement? et où est le consentement des créanciers qui, n'agissant pas, donnent pouvoir à celui qui agit? Quant à la gestion d'affaires, elle suppose nécessairement que le gérant entend gérer l'affaire d'un tiers : or, le créancier qui demande la séparation entend-il agir pour des créanciers dont il ignore le plus souvent l'existence? Et il les connaîtrait qu'il ne pourrait pas agir dans leur intérêt, car il sait que la séparation est un droit individuel dont chaque créancier use ou n'use pas selon ses convenances. Disons donc avec la cour de cassation que la séparation des patrimoines ne peut profiter qu'à ceux des créanciers qui la demandent et qui prennent inscription pour la conserver sur les immeubles de l'hérédité (1).

**68.** L'application de ces principes soulève une difficulté sur laquelle les auteurs sont partagés. Parmi les créanciers chirographaires du défunt, les uns ont pris inscription dans les six mois, les autres ne se sont pas inscrits; ils sont en concours avec un créancier hypothécaire de l'héritier. Sur les principes, il n'y a aucun doute. Le créancier qui a pris inscription a seul conservé son droit de préférence à l'égard du créancier hypothécaire; ceux qui n'ont pas rempli les conditions prescrites par la loi pour la conservation de leur droit ne peuvent pas le réclamer contre le créancier hypothécaire, ils ne profitent pas de la séparation que leur cocréancier a demandée. Mais celui-ci ne peut exercer, de son côté, les droits que lui donne la séparation, que dans la limite de son droit individuel, c'est-à-dire pour la part qu'il aurait eue dans la masse des biens héréditaires, si tous les créanciers du défunt avaient agi en séparation; il ne peut pas réclamer plus; car si sa vigilance ne profite pas aux créanciers négligents, par contre il ne peut se prévaloir de l'inaction de ceux-ci pour étendre ses droits aux dépens du créan-

(1) Arrêt de rejet du 28 avril 1869 (Dalloz, 1869, 1, 443).

cier hypothécaire. Un exemple fera comprendre les difficultés de la question. Le prix des immeubles héréditaires est de 45,000 francs. Un créancier du défunt s'inscrit dans les six mois pour 40,000 francs; il y a un créancier hypothécaire de l'héritier, inscrit pour 20,000 francs; un créancier de la succession, pour 80,000 francs, ne prend aucune inscription, ou s'inscrit tardivement, après l'expiration du délai, ce qui, dans le système de la loi belge, revient au même. Comment se fera la distribution? Il faut supposer que les deux créanciers du défunt ont pris inscription l'un pour 40,000 francs, l'autre pour 80,000 francs, en tout pour 120,000 francs; comme il n'y a que 45,000 francs à distribuer, le premier créancier aurait eu le tiers, soit 15,000 francs. Il les reçoit de préférence au créancier hypothécaire qu'il prime; le second créancier ne peut rien recevoir, puisqu'il n'a pas conservé son droit, il sera primé par le créancier hypothécaire, lequel prendra donc 20,000 francs; restent 10,000 francs pour le créancier chirographaire du défunt qui n'a pas pris inscription.

On critique cette distribution; avant de chercher si elle est juridique, dit-on, il faut se demander si elle est équitable. Non, il faut voir avant tout si elle est juridique; et si elle est conforme au droit, l'équité ne pourra pas réclamer. Nous insistons sur ce point, parce que le raisonnement que nous combattons conduit presque nécessairement à subordonner la loi à l'équité. On commence par rechercher ce qui est équitable, puis on accommode, tant bien que mal, le droit à l'équité; et il est si facile de trouver des raisons telles quelles pour justifier ce que l'équité commande. Quoi, dit-on, le créancier vigilant, qui demande la séparation et qui s'inscrit sur les immeubles de la succession, ne touchera que le tiers de sa créance, tandis que le créancier de l'héritier qui a stipulé une hypothèque sera payé en entier! Est-ce que la séparation n'a pas pour but et ne doit-elle pas avoir pour effet de sauvegarder entièrement les intérêts des créanciers du défunt, en ce sens du moins qu'ils doivent être préférés pour toute leur créance aux créanciers de l'héritier? Nous répondons que la séparation n'a pas, comme on le dit, pour but de garantir, dans

tous les cas, les droits des créanciers héréditaires contre les créanciers du défunt. Il en serait ainsi si la séparation était collective; dans ce système, les créanciers de l'héritier seraient écartés jusqu'après le payement des créanciers du défunt. Mais dans le système du code, la séparation est un droit individuel; de là suit que le créancier de l'héritier peut, comme dans l'espèce, être primé par un créancier du défunt, tandis qu'il primera celui qui n'a pas pris inscription. Cela est admis par tout le monde. Eh bien, si l'on admet le principe de la séparation individuelle, il en faut aussi accepter les conséquences. Il y a un créancier héréditaire inscrit; quel est le bénéfice que lui assure son inscription, alors qu'il y a d'autres créanciers? Il n'a qu'un droit individuel à opposer au créancier hypothécaire de l'héritier, donc un droit proportionnel au montant de sa créance. A quel titre réclamerait-il sa créance entière? Ce serait se prévaloir du droit des créanciers qui n'agissent point, c'est-à-dire que c'est supposer une séparation collective, avec ce singulier résultat que l'un des créanciers en profiterait seul pour toute sa créance. En définitive, on aboutit à un système illogique, désavoué par l'équité aussi bien que par le droit (1).

**69**. La question que nous venons d'examiner, en supposant des créanciers du défunt en conflit avec des créanciers de l'héritier, se présente également si, parmi les légataires, les uns ont pris inscription, tandis que les autres ont négligé de s'inscrire : les principes étant les mêmes, la solution doit être identique. Mais que faut-il décider s'il y a des légataires inscrits et des créanciers chirographaires non inscrits, tous en conflit avec un créancier hypothécaire de l'héritier? Les auteurs sont en désaccord sur cette question. Il nous semble que les principes ne laissent aucun doute. Les légataires qui demandent la séparation n'acquièrent pas par là un droit de préférence à

(1) Zachariæ, édition d'Aubry et Rau, t. IV, p. 337 et note 44, et les auteurs qu'ils citent. En sens contraire, Barafort, p. 363, n^os 209-214, d'après Duranton, t. VII, n° 478 et t. XIX, n° 227. Il y a encore un troisième système, celui de Delvincourt; nous renvoyons à Aubry et Rau qui le réfutent.

l'égard des créanciers chirographaires du défunt; ils ne sont payés qu'après les créanciers. Mais ils sont préférés au créancier hypothécaire de l'héritier; primés par les créanciers héréditaires, ils priment le créancier de l'héritier. Pour quelle somme le priment-ils? Ils ne peuvent lui être préférés que pour la somme qu'ils auraient touchée dans le concours avec les créanciers du défunt. Donc la distribution se fera comme suit : on partage d'abord fictivement l'actif héréditaire entre les légataires et les créanciers, ceux-ci étant payés d'abord; ce qui reste disponible est attribué aux légataires; ils sont colloqués de ce chef, de préférence au créancier hypothécaire de l'héritier, qu'ils priment en vertu de leur inscription. On colloque ensuite le créancier hypothécaire de l'héritier. Quant au reliquat, il est réparti entre les créanciers chirographaires du défunt, de préférence aux légataires, s'ils ont conservé ce droit de préférence en prenant inscription après les créanciers hypothécaires. Cette inscription leur assure-t-elle un rang de préférence hypothécaire à l'égard des créanciers héréditaires qui ne se sont pas inscrits? On l'admet(1), mais nous ne voyons pas à quel titre. Les légataires ne peuvent jamais se prévaloir de la séparation des patrimoines contre les créanciers. Donc le reliquat devra être partagé entre les légataires et les créanciers au marc le franc. Nous disons au marc le franc, car les créanciers ne sont payés de préférence aux légataires que s'ils ont demandé la séparation, et on suppose qu'ils ne l'ont pas demandée.

### N° 3. EFFET DE LA SÉPARATION A L'ÉGARD DE L'HÉRITIER.

**70.** La loi dit que la séparation des patrimoines est demandée contre les créanciers de l'héritier. Elle marque par là qu'en principe la séparation est étrangère à l'héritier; il est et il reste héritier pur et simple. Comme tel, il a des droits et des obligations; l'article 724 les détermine: il est saisi des biens, droits et actions du défunt, sous l'obli-

(1) Aubry et Rau sur Zachariæ, t. IV, p. 338 et suiv. et note 45. En sens contraire, Barafort, p. 382, n° 224.

gation d'acquitter toutes les charges de la succession. La séparation des patrimoines prononcée contre ses créanciers ne peut enlever à l'héritier ses droits, ni le décharger de ses obligations. Cette règle souffre cependant quelques restrictions. De même, la séparation est étrangère aux rapports de l'héritier avec ses créanciers; ces rapports naissent de liens d'obligation qui donnent des droits aux créanciers sur les biens de leur débiteur. Rien n'est changé à cet égard par la séparation du patrimoine de l'héritier d'avec le patrimoine du défunt. Tel est le principe; nous allons en déduire les conséquences.

I. *Droits de l'héritier.*

**71.** L'héritier, ayant accepté purement et simplement, est propriétaire des biens de la succession dès l'ouverture de l'hérédité. Il en a la libre disposition, comme de ses biens propres. Ce principe reçoit cependant une restriction dans l'intérêt des créanciers du défunt. Le droit absolu d'hypothéquer et d'aliéner les biens de l'hérédité aurait rendu le droit des créanciers illusoire, si l'héritier avait hypothéqué les immeubles héréditaires à ses propres créanciers dès l'ouverture de l'hérédité, ou s'il les avait aliénés avant que les créanciers eussent eu le temps d'exercer leur droit. Le code civil, en soumettant le droit des créanciers à une condition de publicité dans l'intérêt des tiers, dispose que dans le délai de six mois accordé aux créanciers pour prendre inscription, l'héritier ne peut établir aucune hypothèque au préjudice des créanciers et légataires. Ces hypothèques sont valables, puisqu'elles sont consenties par le propriétaire ayant capacité de disposer; mais elles ne peuvent être opposées aux créanciers. De là suit que les hypothèques deviennent pleinement valables si les créanciers ne prennent pas inscription sur les immeubles hypothéqués. C'est le droit commun de toute publicité prescrite dans l'intérêt des tiers; les actes non rendus publics ne peuvent leur être opposés. Les hypothèques établies par l'héritier sont efficaces, dès leur constitution, à l'égard de ses créanciers; quand il y a concours entre les créan-

ciers de l'héritier, la préférence appartient naturellement à ceux qui ont une hypothèque ; mais aussi longtemps que les créanciers du défunt ne sont pas désintéressés, les hypothèques des créanciers de l'héritier ne sont pas efficaces, les créanciers héréditaires pouvant saisir et faire vendre les biens hypothéqués, sans que, à leur égard, les créanciers hypothécaires puissent faire valoir leur droit de préférence.

Le code ne limite le droit d'hypothéquer de l'héritier que pendant le délai de six mois qui suit l'ouverture de l'hérédité. Nous en avons dit la raison (n° 31). Après l'expiration de ce délai, les hypothèques constituées par l'héritier sont valables à l'égard des créanciers héréditaires. On rentre dans le droit commun : l'héritier reprend le plein et entier exercice de son droit de propriété (1).

**72**. L'héritier peut-il aliéner librement? Sous l'empire du code civil il le pouvait, par la raison que la loi ne le lui défendait pas. Il le pouvait pendant le délai de six mois, comme après l'expiration de ce délai. Cela était très-inconséquent. En défendant à l'héritier d'hypothéquer, le code voulait garantir le droit de séparation, et il le rendait illusoire en lui permettant d'aliéner les biens de la succession dès le jour de l'ouverture de l'hérédité. Quoique inconséquente, la disposition du code civil était très-juridique. La séparation des patrimoines, on ne doit pas l'oublier, n'a pas pour but d'assurer le payement des créanciers du défunt; il n'y a qu'une garantie efficace pour les créanciers héréditaires, c'est celle qui résulte des hypothèques qu'ils ont stipulées. S'ils ont suivi la foi de leur débiteur, en se contentant de son engagement personnel, ils doivent subir les conséquences de leur confiance ou de leur imprudence. La séparation des patrimoines qu'ils peuvent demander a seulement pour effet d'écarter les créanciers de l'héritier dans le concours qui s'ouvre sur les biens de la succession; elle est étrangère aux aliénations, car les tiers acquéreurs ne sont pas créanciers, ils

(1) Zachariæ, édition d'Aubry et Rau, t. IV, p. 342 et note 48, et les auteurs qui y sont cités.

sont propriétaires, et la séparation des patrimoines ne peut être demandée qu'aussi longtemps que les biens se trouvent dans la main de l'héritier. L'on avait essayé, sous l'empire du code, d'étendre aux aliénations ce que la loi dit des hypothèques : cette opinion, contraire au texte, contraire aux principes, ne trouva pas faveur (1).

La loi hypothécaire belge a donné une garantie nouvelle aux créanciers, en disposant que l'héritier ne peut consentir aucune aliénation pendant le délai de six mois au préjudice des créanciers et légataires (art. 39). Il faut donc appliquer aux aliénations ce que nous avons dit des hypothèques (n$^{os}$ 71 et 31). La loi hypothécaire ne parle que des immeubles; quant aux meubles, elle ne déroge pas au code civil; le pouvoir d'aliéner les meubles reste illimité. Nous avons dit ailleurs que les interprètes ont essayé de faire ce que le législateur n'a pas fait (n° 27). A notre avis, c'est dépasser la loi tout ensemble et la garantie que la séparat on des patrimoines est destinée à procurer aux créanciers héréditaires.

### II. *Obligations de l'héritier.*

**73**. Les créanciers héréditaires ont-ils action contre l'héritier dans le cas où les biens de la succession ne suffiraient point pour les désintéresser? Cette question est vivement controversée; la solution est très-simple, si l'on s'en tient aux principes sans les obscurcir par une tradition que le code civil n'a pas consacrée. L'héritier, en acceptant la succession purement et simplement, s'oblige à payer les dettes et à acquitter les legs; il en est tenu *ultra vires*; cela est certain pour les dettes, controversé pour les legs. Ce lien d'obligation est-il rompu par la séparation des patrimoines? On conçoit à peine que la question soit posée. Après comme avant la séparation, l'héritier reste héritier pur et simple, et tenu comme tel de payer les dettes du défunt. Les créanciers qui demandent la sé-

(1) Blondeau, *Séparation des patrimoines*, p. 450 et notes 1 et 2. En sens contraire, Aubry et Rau sur Zachariæ, t. IV, p. 341, note 46.

paration des patrimoines entendent-ils dégager l'héritier de l'obligation qu'il a contractée envers eux en acceptant la succession? Ils ont deux droits : la loi leur permet d'exercer leurs créances sur les biens du défunt à l'exclusion des créanciers de l'héritier, c'est le bénéfice de séparation; mais cette fiction de la séparation de deux patrimoines qui sont réellement confondus n'empêche pas les créanciers de rester créanciers de l'héritier. Ici est le nœud de la question. Nous disons que la séparation est une fiction : cela ne peut être contesté, puisque cela résulte du texte même de la loi (n[os] 41 et 42). La difficulté est de savoir jusqu'où s'étend la fiction. D'après l'article 879, les créanciers qui demandent la séparation n'acceptent pas l'héritier pour débiteur : voilà la fiction. Jusqu'où va-t-elle? On pourrait soutenir, en théorie, que les créanciers ont deux débiteurs, le défunt ou la succession qui le représente et l'héritier. S'en tiennent-ils à la succession, ils écartent les créanciers de l'héritier, mais aussi ils répudient l'héritier pour débiteur. Acceptent-ils l'héritier pour débiteur, ils renoncent par cela même à considérer la succession comme débitrice. Est-ce là la théorie du code? Ce système absolu qui applique à la fiction la rigueur que l'on met à déduire les conséquences d'un principe, avait trouvé des partisans à Rome; Paul et Ulpien, logiciens à outrance, soutenaient que si les créanciers renoncent à la séparation des patrimoines en acceptant l'héritier pour débiteur, ils renoncent aussi à leurs droits contre l'héritier, en maintenant la succession comme débitrice. C'était dépasser les nécessités de la fiction : elle a pour but de conserver aux créanciers du défunt le gage qu'ils avaient sur ses biens; ce qui n'empêche pas que l'héritier ne devienne leur débiteur, en acceptant la succession purement et simplement; il n'y a rien d'incompatible entre la fiction et l'obligation de l'héritier. C'était l'avis de Papinien, et il prévalut dans l'ancien droit. L'opinion de Paul et d'Ulpien a été reproduite sous l'empire du code, mais sans trouver faveur. Rejetée par la jurisprudence ancienne, il faudrait une disposition formelle pour qu'on pût l'admettre. Or, l'article 879 ne dit pas ce qu'on lui fait dire : il

décide, à la vérité, que les créanciers qui acceptent l'héritier pour débiteur ne peuvent plus demander la séparation des patrimoines, mais il ne dit pas que les créanciers qui obtiennent la séparation n'ont plus d'action contre l'héritier; ils ont action contre lui, en vertu de l'article 724, il faudrait un texte pour leur enlever le droit qu'un texte leur donne. Cela décide la question en faveur des créanciers (1).

Il est donc admis que les créanciers ont action contre l'héritier en cas d'insuffisance des biens héréditaires. Mais quelle est l'étendue de ce droit? Concourent-ils avec les créanciers de l'héritier, ou ne viennent-ils que lorsque ceux-ci sont satisfaits? Cette dernière opinion a pour elle l'autorité de Papinien, dont l'opinion était suivie dans l'ancien droit. Reste à savoir si cette doctrine est celle du code. Nous avons un grand respect pour la tradition, mais il ne faut pas transporter la tradition dans le code, quand elle est incompatible avec les principes que le code a consacrés. Or, que dit le code quant aux droits des créanciers? Ils deviennent les créanciers personnels de l'héritier lorsque celui-ci accepte la succession purement et simplement; donc ils ont les mêmes droits que les créanciers personnels de l'héritier; partant ils doivent concourir avec eux sur les biens de leur débiteur. Ici on nous arrête au nom de l'équité. Il y a deux patrimoines, ils sont séparés par la volonté des créanciers héréditaires. Quelle en doit être la conséquence? Les créanciers de l'héritier n'ont aucun droit sur les biens de l'hérédité jusqu'à ce que les créanciers du défunt soient entièrement désintéressés; par une juste réciprocité, les créanciers de la succession ne doivent avoir de droit sur le patrimoine de l'héritier que lorsque les créanciers personnels de l'héritier sont payés. Cette opinion a été soutenue par Marcadé. Un savant magistrat dit qu'il l'a fait avec sa verve ordinaire et sa vigoureuse dialectique (2). La verve et la dialectique sont une

(1) Chabot, t. II, p. 622, nº 13 de l'article 879. Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, p. 538, nº 768.

(2) Nicias-Gaillard, dans la *Revue critique de jurisprudence*, t. VIII, p. 201. Marcadé, t. III, p. 295, nº II de l'article 881. Voyez la réfutation de cette opinion dans Nicias-Gaillard.

bonne chose quand on les met au service du droit; mais il ne faut pas qu'elles prennent la place du droit; c'est ce qui est arrivé bien des fois à Marcadé. Dans l'espèce, il n'a tenu aucun compte de la fiction qui sert de base à la séparation des patrimoines. Les créanciers du défunt, dit-il, ont deux débiteurs, la succession et l'héritier; c'est à eux de choisir, ils ne peuvent pas tout ensemble être créanciers de la succession et créanciers de l'héritier. Cela paraît très-logique, et cela est cependant très-illogique. Non, il n'y a pas deux débiteurs, il n'y en a qu'un seul; l'article 724 le nomme, c'est l'héritier qui continue la personne du défunt. Il est vrai que l'héritier est censé posséder deux patrimoines distincts, c'est la fiction de la séparation. Jusqu'où va-t-elle? Si on veut l'appliquer logiquement, on aboutit au système de Paul et d'Ulpien; dans cette théorie, on refuse aux créanciers tout recours contre l'héritier qui n'est plus leur débiteur. Marcadé donne une action aux créanciers, il est donc illogique et inconséquent. Qui l'autorise à admettre cette exception à la fiction des deux patrimoines? Dans l'ancien droit, on invoquait l'équité; on ne peut plus le faire en droit moderne, car il y a un texte, l'article 724, qui déclare l'héritier débiteur, et débiteur illimité; donc il est soumis à l'action des créanciers comme s'il avait contracté avec eux. Confondus avec les créanciers personnels, les créanciers du défunt doivent avoir les mêmes droits, à moins qu'il n'y ait en faveur des premiers une cause légale de préférence. Il faut une loi qui l'établisse, car, d'après l'article 2092, la condition de tous les créanciers est la même, à moins qu'il n'y ait entre eux une cause légitime de préférence. Où est la loi qui donne aux créanciers de l'héritier la préférence sur les créanciers du défunt? Le silence du code est décisif (1).

**71**. Les créanciers de l'héritier ont-ils action sur les biens de la succession? Ils ont pour gage tous les biens de

(1) Chabot, t. II, p. 621, nº 13 de l'article 878. Merlin dit que la démonstration de Chabot est au-dessus de toute contradiction (*Répertoire*, au mot *Séparation de patrimoines*, § V, nº 6). Demolombe, t. XVII, p. 268, nº 220. Barafort, p. 395, nºs 229-231.

leur débiteur; or, les biens de l'hérédité sont les biens de l'héritier, ils peuvent donc les saisir; mais les créanciers du défunt seront préférés dans l'ordre qui s'ouvrira sur le prix, bien entendu s'ils ont conservé le droit de séparation que la loi leur donne. Il se peut donc que les créanciers de l'héritier priment les créanciers héréditaires; cela arrive quand les créanciers du défunt ont négligé de prendre inscription sur les immeubles de la succession, et quand les créanciers de l'héritier ont une hypothèque sur ces biens. Nous renvoyons à ce qui a été dit plus haut (nos 68 et 69). Après que les créanciers du défunt sont désintéressés, il va sans dire que les créanciers de l'héritier ont, sur ce qui reste des biens héréditaires, les mêmes droits que sur les autres biens de l'héritier.

## SECTION III. — Du bénéfice d'inventaire.

### § Ier. *De la séparation des patrimoines qui résulte du bénéfice d'inventaire.*

#### N° 1. LE PRINCIPE.

**75.** L'article 802, qui détermine les effets du bénéfice d'inventaire, commence par dire qu'il donne à l'héritier l'avantage de n'être tenu des dettes de la succession que jusqu'à concurrence de la valeur des biens qu'il a recueillis; puis il ajoute que l'*héritier ne confond pas ses biens personnels avec ceux de la succession*, et qu'il conserve le droit de réclamer contre elle le payement de ses créances. A vrai dire, les deux effets que cette disposition attribue au bénéfice d'inventaire, celui de n'être tenu des dettes que jusqu'à concurrence de l'actif héréditaire et celui de pouvoir réclamer le bénéfice de ses créances, sont une conséquence du principe que la loi énonce comme étant un des effets de l'acceptation bénéficiaire, à savoir que les biens personnels de l'héritier ne sont pas confondus avec ceux de la succession. Donc le patrimoine du défunt et celui de l'héritier restent séparés. La séparation des patrimoines qui découle de l'acceptation bénéficiaire est-elle identique

avec la séparation que les créanciers du défunt demandent en vertu de l'article 878?

**76.** Le bénéfice d'inventaire et la séparation des patrimoines diffèrent quant au principe, quant aux conditions et quant aux effets.

Le principe est différent. Qui demande le bénéfice d'inventaire et dans quel but? C'est l'héritier qui déclare au greffe qu'il accepte la succession sous bénéfice d'inventaire; il accepte bénéficiairement, afin de n'être tenu des dettes que jusqu'à concurrence de la valeur des biens qu'il recueille; c'est donc contre les créanciers de la succession que l'acceptation bénéficiaire est dirigée; bien loin d'y intervenir comme parties, les créanciers héréditaires sont privés d'un droit qu'ils tiennent de la transmission de l'hérédité, celui de poursuivre l'héritier comme le représentant de la personne du défunt. Ainsi le bénéfice d'inventaire est introduit dans l'intérêt de l'héritier, contre les créanciers de la succession, et par dérogation au principe de la saisine.

La séparation des patrimoines est aussi une institution exceptionnelle, un bénéfice contraire aux principes. Qui la demande? Les créanciers du défunt. Contre qui? Contre les créanciers de l'héritier. Ainsi l'héritier, qui joue le rôle principal dans l'acceptation bénéficiaire, reste étranger à la séparation des patrimoines. C'est dire que celle-ci n'est pas établie dans son intérêt; elle l'est plutôt contre lui que pour lui; les créanciers du défunt craignent que l'héritier n'ait plus de dettes que d'avoir; pour écarter le danger que la confusion des deux patrimoines aurait pour eux, ils en demandent la séparation. C'est uniquement dans leur intérêt que la séparation des patrimoines a été introduite, comme c'est uniquement dans l'intérêt de l'héritier que le législateur lui a permis d'accepter la succession sous bénéfice d'inventaire.

**77.** Les deux institutions diffèrent également quant aux conditions. Pour que le bénéfice d'inventaire existe, le successible doit déclarer, au greffe, qu'il accepte sous ce bénéfice. C'est un droit qu'il exerce, il n'a pas besoin de le demander contre les créanciers de la succession, ceux-ci

le subissent. Mais comme l'héritier bénéficiaire n'est tenu que jusqu'à concurrence des biens qu'il recueille, la loi veut que ces biens soient constatés; voilà une garantie établie dans l'intérêt des créanciers; elle tend à leur assurer le patrimoine du défunt, qui est leur gage, contre les détournements que l'héritier pourrait commettre. Quoique l'inventaire soit prescrit en leur faveur, eux n'y procèdent pas, c'est l'héritier qui doit le faire comme condition de son bénéfice.

Les conditions de la séparation des patrimoines sont tout autres. Ce sont les créanciers du défunt qui la demandent; il faut donc une action en justice. Cette action doit être formée dans les trois ans quant aux meubles. La loi ne prescrit pas d'inventaire, c'est aux créanciers à le requérir pour empêcher la confusion du mobilier du défunt avec le mobilier de l'héritier; la séparation des patrimoines existe quand même il n'y aurait pas d'inventaire. Quant aux immeubles, la loi exige une inscription prise dans les six mois. Ces conditions sont établies en faveur des créanciers de l'héritier contre lesquels la séparation est demandée. Sous ce rapport, il n'y a aucune analogie entre la séparation des patrimoines et le bénéfice d'inventaire.

**78.** Les effets du bénéfice d'inventaire diffèrent aussi des effets de la séparation des patrimoines. L'héritier bénéficiaire n'est pas tenu personnellement des dettes de la succession, il n'est tenu que comme détenteur des biens héréditaires. Tandis que la séparation des patrimoines implique que l'héritier a accepté purement et simplement; par suite il est tenu personnellement et *ultra vires*. L'acceptation bénéficiaire a cet effet que l'héritier ne confond pas ses biens avec ceux de la succession. Ici il y a analogie entre les deux institutions que nous comparons, mais il y a aussi des différences que nous allons noter d'abord. La séparation des patrimoines demandée par les créanciers, et conservée par une inscription prise sur les immeubles de l'hérédité, donne aux créanciers un privilége et une hypothèque légale, d'après le code civil, et comme conséquence le droit de suite et de surenchère; tandis que l'acceptation bénéficiaire ne donne aux créanciers de la

succession ni privilége ni hypothèque. D'après la loi hypothécaire belge, les créanciers qui obtiennent la séparation des patrimoines n'ont plus ni privilége ni hypothèque; mais notre loi leur donne une garantie qu'ils n'avaient pas sous le code civil; elle défend à l'héritier d'aliéner les immeubles de la succession à leur préjudice, jusqu'à l'expiration du délai de six mois qui est accordé aux créanciers pour s'inscrire, de même que le code civil leur défendait d'hypothéquer les immeubles. Rien d'analogue n'existe lorsque la succession est acceptée sous bénéfice d'inventaire. L'héritier bénéficiaire est tout ensemble administrateur et propriétaire. S'il se contente d'administrer et de liquider l'hérédité, il n'y a pas de conflit entre lui et les créanciers. Mais il est aussi propriétaire; s'il aliène dans les six mois, ces aliénations seront-elles considérées comme non avenues dans l'intérêt des créanciers, comme dans le cas de séparation des patrimoines? S'il hypothèque un immeuble de la succession, cette hypothèque ne pourra-t-elle pas être opposée aux créanciers du défunt? Le code civil ne dit pas cela, et le code de procédure dit le contraire, au moins pour les aliénations. Quand l'héritier bénéficiaire aliène sans observer les formes prescrites par la loi, l'aliénation est valable, mais l'héritier cesse d'être bénéficiaire, il devient héritier pur et simple. Donc les créanciers perdent tout droit sur l'immeuble aliéné; tandis qu'ils conservent leur droit quand ils demandent la séparation des biens du défunt d'avec les biens de l'héritier.

**79.** S'il y a des différences entre la séparation des patrimoines demandée par les créanciers et la séparation des patrimoines résultant du bénéfice d'inventaire, il y a aussi une analogie, et elle est considérable. Le code dit (art. 802) que l'héritier bénéficiaire ne confond pas ses biens personnels avec ceux de la succession. Si l'on s'en tenait aux termes de l'article 802, on pourrait croire qu'il ne résulte de là qu'une conséquence, c'est que l'héritier conserve le droit de réclamer ses créances contre la succession. Le principe a encore d'autres conséquences; toutefois il importe de remarquer que, tout en établissant la séparation des patrimoines comme un des effets du béné-

fice d'inventaire, la loi considère cette séparation uniquement au point de vue de l'intérêt de l'héritier bénéficiaire. Il n'y a pas un mot dans l'article 802 d'où l'on puisse induire que les effets du bénéfice d'inventaire soient établis dans l'intérêt des créanciers de la succession. Ce n'est que par voie d'argumentation que l'on arrive à la conséquence que la séparation des patrimoines concerne aussi les créanciers héréditaires. D'abord il est incontestable que l'héritier bénéficiaire, comme tel, n'est pas tenu des dettes sur ses biens; l'article 803 le dit : « Il ne peut être contraint sur ses biens personnels qu'après avoir été mis en demeure de présenter son compte et faute d'avoir satisfait à cette obligation. » Donc quand il remplit ses obligations, les créanciers n'ont aucune action sur ses biens. Voilà la séparation des deux patrimoines, en tant qu'elle profite à l'héritier, et par suite à ses créanciers : elle existe donc contre les créanciers du défunt. Existe-t-elle aussi à leur avantage? c'est-à-dire peuvent-ils l'opposer aux créanciers de l'héritier? Le code ne parle pas plus des créanciers de l'héritier que des créanciers du défunt; mais par voie d'induction on arrive encore une fois à la conséquence que la séparation existe aussi au profit des créanciers héréditaires contre les créanciers de l'héritier. L'héritier est tenu des dettes jusqu'à concurrence des biens qu'il a recueillis; il doit rendre compte aux créanciers et aux légataires de la valeur de ces biens. Donc ces biens sont le gage des créanciers et légataires; l'héritier n'a droit qu'à ce qui en restera, après que les dettes et les legs sont acquittés; donc, comme héritier bénéficiaire, il ne peut disposer de ces biens qu'après que les créanciers et les légataires sont désintéressés. De là suit que les créanciers de l'héritier n'ont aucune action sur les biens de l'hérédité, tant que le compte n'est pas rendu; c'est seulement le reliquat qui devient leur gage. La loi ne le dit pas, mais cela résulte des principes. En effet, les créanciers n'ont de droit sur les biens de leur débiteur que du chef de leur débiteur, comme ses ayants cause; le droit des créanciers ne commence que lorsque les biens entrent dans le patrimoine de leur débiteur, et il cesse dès que le débiteur les aliène. Or,

les biens héréditaires sont, à la vérité, entrés dans le patrimoine de l'héritier, en vertu de la transmission de l'hérédité, mais ils n'y sont entrés qu'avec une affectation spéciale, celle d'être destinés au payement des créanciers et légataires ; les créanciers ne pouvant avoir sur ces biens plus de droits que leur débiteur, la conséquence logique est qu'ils n'en profitent que lorsque la succession bénéficiaire est liquidée. En définitive, la séparation des patrimoines existe en faveur des créanciers du défunt, comme en faveur des créanciers de l'héritier, ou, si l'on veut, elle existe contre les uns et contre les autres (1).

**80.** Il y a donc des analogies entre les deux institutions et il y a des différences. De là la question de savoir si les créanciers du défunt ont droit et intérêt à demander la séparation des patrimoines lorsque la succession est acceptée sous bénéfice d'inventaire. La jurisprudence est unanime à décider la question négativement. Et au premier abord, on est tenté de croire que la séparation ne peut pas même être demandée. Dans quel but le législateur a-t-il permis aux créanciers du défunt de demander la séparation des patrimoines? Pour les mettre à l'abri du danger dont les menace le concours des créanciers de l'héritier. Et d'où naît ce danger? De l'acceptation pure et simple de la succession : c'est par suite de cette acceptation qu'il y a confusion de patrimoines, et c'est cette confusion qui donne aux créanciers de l'héritier le droit de concourir avec les créanciers du défunt sur les biens de la succession confondus avec ceux de l'héritier. La demande en séparation suppose donc l'acceptation pure et simple; elle ne se conçoit pas lorsqu'il y a acceptation bénéficiaire. En effet, les biens de l'héritier et ceux du défunt sont séparés par cela seul que l'héritier accepte sous bénéfice d'inventaire, et par suite les créanciers de l'héritier ne peuvent pas concourir avec les créanciers du défunt sur les biens de l'hérédité. N'est-il pas absurde que les créanciers de la succession bénéficiaire demandent en

(1) Demante, t. III, p. 188, n° 125 *bis* I. Demolombe, t. XV, p. 196 et suiv. Arrêt de cassation du 18 juin 1833 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 794).

justice la séparation des patrimoines, alors qu'elle existe en vertu de la loi? n'est-il pas absurde que les créanciers demandent une garantie contre le concours des créanciers de l'héritier, alors que ceux-ci n'ont pas le droit de concourir avec eux sur les biens de la succession bénéficiaire? demande-t-on à être préservé d'un danger qui n'existe point? De là cette proposition énoncée dans tous les arrêts, que les créanciers du défunt n'ont pas besoin de demander la séparation des patrimoines quand la succession a été acceptée sous bénéfice d'inventaire (1).

**81**. Cela est, en effet, évident si l'on suppose que la succession est administrée et liquidée régulièrement par l'héritier bénéficiaire, c'est-à-dire si les biens sont vendus dans les formes prescrites par la loi et que le prix en est distribué aux créanciers et légataires. Dans ce cas, il n'y a aucun conflit entre les créanciers du défunt et les créanciers de l'héritier, donc il ne peut pas s'agir de demander la séparation des patrimoines. Mais le conflit s'élève lorsque l'héritier bénéficiaire renonce au bénéfice d'inventaire, et il est toujours libre d'y renoncer, puisqu'il n'a été établi qu'en sa faveur. Nous supposons qu'il y renonce expressément, puis il se gère comme héritier pur et simple; il aliène, il hypothèque les biens héréditaires. Les créanciers de la succession seront-ils néanmoins préférés aux créanciers hypothécaires de l'héritier? et pourront-ils dire, sous l'empire de la loi belge, que les aliénations consenties par l'héritier ne leur peuvent pas être opposées? La question ainsi formulée doit être décidée contre les créanciers. On ne saurait contester à l'héritier bénéficiaire la faculté de renoncer à son bénéfice (2); cela est élémentaire. Or, dès qu'il devient héritier pur et simple, il a le pouvoir absolu de disposer des biens héréditaires; les créanciers du défunt deviennent les créanciers personnels de l'héri-

(1) Comparez Colmar, 9 janvier 1837 (Dalloz, au mot *Succession*, nº 785, 1º, p. 332). Cassation, 18 juin 1833 (Dalloz, *ibid.*, nº 791); Nîmes, 6 novembre 1869 (Dalloz, 1871, 1, 37). Voyez, dans le même sens, Chabot, t. II, p. 631, note 6 de Belost-Jolimont; Zachariæ, t. IV, p. 346 et note 55, et les autorités qui y sont citées; Barafort, p. 235, nºs 166 et suiv.

(2) Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, p. 532 et suiv., nº 763. Et le tome IX de mes *Principes*, nºs 392 et 393, p. 458 et suiv.

tier; ils n'ont pas plus que ceux-ci le droit de s'opposer aux aliénations et aux hypothèques consenties par leur débiteur. Diront-ils que la séparation des patrimoines, conséquence de l'acceptation bénéficiaire, existe encore à leur profit, malgré la renonciation de l'héritier au bénéfice d'inventaire? A cette étrange prétention, l'héritier répondrait : « Que me parlez-vous de séparation des patrimoines? Si pendant que j'étais héritier bénéficiaire vous aviez un droit exclusif sur les biens de la succession, c'est parce que j'étais héritier bénéficiaire, c'est parce que vous n'aviez pas d'action personnelle contre moi ; je n'étais tenu envers vous que comme simple détenteur des biens héréditaires. Tout cela était un effet de mon acceptation bénéficiaire; ces effets ont disparu avec cette acceptation. Me voilà héritier pur et simple, tenu des dettes *ultra vires;* vous avez action sur tous mes biens, mais par contre j'ai la pleine et libre disposition de mes biens, y compris les biens héréditaires qui se sont confondus avec les miens ; par suite mes créanciers personnels concourront avec vous, car vous aussi vous êtes devenus mes créanciers personnels, et dans ce concours mes créanciers hypothécaires vous primeront. C'est le droit commun. Vous invoquez contre ce droit commun la séparation des patrimoines. Il y a deux séparations de patrimoines : l'une résultant du bénéfice d'inventaire, l'autre demandée par les créanciers. Vous ne pouvez vous prévaloir de cette dernière, puisque vous n'avez jamais demandé la séparation. Quant à l'autre, ce n'était pas un droit pour vous, c'était une conséquence de mon acceptation bénéficiaire. Prétendriez-vous que la conséquence subsiste alors qu'il n'y a plus de succession bénéficiaire? Cela n'est pas sérieux, car c'est prétendre que je suis tout ensemble héritier bénéficiaire malgré moi, et héritier pur et simple par ma volonté. » Vainement les créanciers se plaindraient-ils que les choses ne sont plus entières, qu'ils ne peuvent plus demander la séparation quant aux biens aliénés, qu'ils ne peuvent plus s'inscrire, le délai de six mois étant expiré. L'héritier leur répondrait : « J'ai fait ce que j'avais le droit de faire. » Nous dirons plus loin ce que les créanciers auraient pu et dû faire.

**82.** La question ne s'est jamais présentée dans ces termes. C'est toujours dans des cas de renonciation tacite que les tribunaux décident que les créanciers du défunt conservent les droits que leur donnait l'acceptation bénéficiaire, c'est-à-dire lorsque l'héritier bénéficiaire fait un acte de disposition qu'il n'a le droit de faire que comme héritier pur et simple : telle est, aux termes du code de procédure, l'aliénation de meubles ou d'immeubles, si l'héritier n'observe pas les formes prescrites par la loi (1). Comment les cours peuvent-elles maintenir les effets du bénéfice d'inventaire, alors que le bénéfice n'existe plus? Voici leur argumentation. Pour jouir du bénéfice d'inventaire, le successible doit faire une déclaration au greffe et faire inventaire. La déclaration avertit les tiers qui sont dans le cas de contracter avec l'héritier bénéficiaire, qu'ils ne peuvent acquérir aucun droit sur les biens de la succession jusqu'à ce qu'elle soit liquidée. Cette publicité donnée à l'acceptation bénéficiaire rend inutile l'inscription que l'article 2111 prescrit pour la séparation des patrimoines. Alors même que l'héritier bénéficiaire est devenu héritier pur et simple, la déclaration au greffe subsiste, et elle avertit les tiers que les immeubles héréditaires se trouvent entre les mains de l'héritier comme faisant partie de l'actif d'une succession bénéficiaire dont les comptes ne sont pas rendus, et dont l'actif demeure par conséquent affecté au payement des dettes du défunt (2). Tel est le point de départ de la jurisprudence; il nous paraît peu solide. La déclaration au greffe ne fait connaître qu'une chose aux tiers, c'est qu'il y a un héritier bénéficiaire; mais ils doivent savoir que le bénéfice d'inventaire n'est pas un état définitif, irrévocable, puisque l'héritier y peut renoncer. Donc cette publicité ne tient pas lieu de l'inscription que les créanciers du défunt prennent sur chaque immeuble de la succession, car cette inscription apprend aux tiers que le patrimoine du défunt sera séparé du patrimoine de l'héritier dans l'intérêt des créanciers héréditaires, et qu'ils ne

(1) Voyez le tome IX de mes *Principes*, nos 394 et suiv., p. 460.
(2) Arrêt de cassation du 3 août 1857 (Dalloz, 1857, 1, 336).

doivent pas compter sur les immeubles grevés d'inscription. De là suit que la jurisprudence confond deux situations très-diverses, celle de l'héritier qui accepte sous bénéfice d'inventaire et celle des créanciers qui demandent la séparation des patrimoines.

En Belgique la question est décidée implicitement par la nouvelle loi hypothécaire. Elle prescrit l'inscription sur chacun des immeubles de la succession comme condition de la séparation des patrimoines. La commission de la chambre des représentants, chargée de l'examen du projet, s'est demandé si l'inscription doit être faite lorsque la succession est acceptée sous bénéfice d'inventaire. On lit dans le rapport que la commission a entendu décider la question affirmativement par l'article 39 : « L'acceptation bénéficiaire pouvant à chaque instant cesser ses effets et dégénérer, par le moindre fait de l'héritier, en acceptation pure et simple, il est évident qu'on ne peut faire dépendre la nécessité de l'inscription de circonstances purement fortuites qui peuvent varier à l'infini. » Le commentateur de la loi belge regrette, et avec raison, que la commission n'ait pas formulé son avis dans une disposition de la loi; l'article 39 reproduisant les termes du code civil, la controverse pourra toujours renaître. Cependant Martou croit, comme nous, que l'inscription est nécessaire pour conserver les droits des créanciers héréditaires. La séparation des patrimoines, qui existe lorsque la succession a été acceptée sous bénéfice d'inventaire, est la conséquence de ce mode d'acceptation; or, le mode d'accepter une succession ne peut profiter qu'à l'héritier, dans l'intérêt duquel il est introduit. Les effets que produit le bénéfice d'inventaire doivent donc cesser avec le bénéfice (1).

Que répond-on dans le système de la jurisprudence française? On suppose que la séparation existe indépendamment de toute inscription, ce qui est vrai tant que l'acceptation bénéficiaire dure. Mais qu'arrive-t-il lorsque l'héritier renonce à son bénéfice? La séparation, dit la cour de cassation, une fois opérée par le bénéfice d'inventaire,

(1) Martou, *Commentaire*, t. II, p. 288 et suiv., n° 679.

persiste nécessairement au profit des créanciers; si l'héritier pouvait, par un acte fait à l'insu des créanciers, porter atteinte à leurs droits, ils subiraient les conséquences d'un fait qui leur est étranger, et ils perdraient la faculté de demander la séparation des patrimoines, par l'expiration des délais que le code civil prescrit. Ils ont un droit acquis que l'héritier ne peut pas leur enlever (1). Il nous semble que la cour verse toujours dans la même confusion que nous venons de lui reprocher. Comment l'acceptation bénéficiaire donnerait-elle aux créanciers un droit acquis, alors qu'ils y restent tout à fait étrangers et que le bénéfice n'est introduit que dans l'intérêt de l'héritier? Si le bénéfice cessé, comment les effets subsisteraient-ils, alors qu'ils ne sont pas établis dans l'intérêt des créanciers? Que ces effets cessent par le fait de l'héritier, et sans aucune faute de la part des créanciers, rien de plus naturel. C'est sans le concours des créanciers que le bénéfice existe, et c'est sans leur concours qu'il cesse.

La cour objecte que si l'héritier bénéficiaire fait un acte de disposition qu'il n'a pas le droit de faire, il encourt la déchéance du bénéfice d'inventaire, que c'est une peine établie contre lui et en faveur des créanciers; or, ce qui est établi en leur faveur ne peut pas tourner contre eux et au profit de l'héritier coupable ou de ses ayants cause. Est-il bien vrai que, lorsque l'héritier aliène, il subit comme peine la déchéance du bénéfice d'inventaire? Comment y aurait-il faute là où il y a exercice d'un droit? et prononce-t-on une peine contre celui qui fait ce qu'il a le droit de faire? Non, il n'y a ni faute ni peine; l'héritier est propriétaire, il peut aliéner, s'il le veut; en aliénant sans observer les formes que la loi prescrit à l'héritier bénéficiaire, il renonce à son bénéfice. Les créanciers du défunt peuvent-ils s'y opposer? et de quel droit? Ce serait leur donner le droit de demander la nullité de l'acte fait par l'héritier bénéficiaire. Ainsi les créanciers pourraient demander la nullité d'un acte régulier fait par l'héritier! ils

(1) Arrêt de cassation du 29 juin 1853 (Dalloz, 1853, 1, 282). Comparez Zachariæ, édition d'Aubry et Rau, t. IV, p. 347, note 55 et p. 348, note 58.

pourraient le forcer à rester héritier bénéficiaire alors qu'il veut être héritier pur et simple (1)! Autant de propositions, autant d'hérésies juridiques. On insiste et l'on dit que l'héritier bénéficiaire pourrait faire des actes en fraude des créanciers héréditaires pour avantager ses propres créanciers. Il y a des arrêts qui parlent de prévarication, de dol, et qui autorisent, en conséquence, les créanciers du défunt à ne tenir aucun compte de ces actes, et à considérer toujours l'héritier comme bénéficiaire; ce qui revient à dire que l'acte par lequel l'héritier a renoncé au bénéfice est nul à l'égard des créanciers héréditaires (2). Sur quoi cette nullité serait-elle fondée? Sur le dol de l'héritier? Il faut alors que les créanciers agissent en nullité et qu'ils prouvent la fraude. S'ils ne la prouvent pas, l'acte reste valable et emporte renonciation au bénéfice d'inventaire. Que si l'héritier renonce de bonne foi, de quel droit les créanciers attaqueraient-ils un acte que l'héritier avait le droit de faire? de quel droit le considéreraient-ils comme héritier bénéficiaire alors qu'il ne veut plus l'être (3)?

**83.** Si la séparation des patrimoines peut cesser par la renonciation de l'héritier à son bénéfice, les créanciers héréditaires agiront prudemment en demandant la séparation en leur nom, et en remplissant les formalités prescrites par la loi, notamment en prenant inscription sur les immeubles de la succession. Ici se présentent de véritables difficultés qui accusent une lacune dans la loi. On demande si les créanciers peuvent et doivent agir comme s'il n'y avait pas de séparation des patrimoines résultant du bénéfice d'inventaire. Les auteurs conseillent aux héritiers d'user du droit que la loi leur accorde, c'est-à-dire d'agir en leur propre nom (4); ce qui implique qu'ils peuvent et

(1) Arrêt de cassation du 18 juin 1833 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 794). Comparez Barafort, *De la séparation des patrimoines*, p. 245 et suiv., n° 169 et les autorités qu'il cite.

(2) Arrêt de Montpellier du 28 décembre 1859, confirmé par un arrêt de rejet du 8 juin 1863 (Dalloz, 1863, 1, 273).

(3) Comparez Demante, t. III, p. 189, n° 125 *bis* I : Demolombe, t. XV, p. 199, n° 172. Il y a des arrêts en ce sens, antérieurs à ceux de la cour de cassation (voyez Barafort, p. 244, n° 169).

(4) Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, p. 533, n° 763. Marcadé, t. III, p. 292, n° VII de l'article 880.

doivent demander la séparation des patrimoines d'après le droit commun. Mais ne peut-on pas leur opposer d'abord qu'ils demandent une séparation qui existe déjà? A cela on répond, et la réponse est péremptoire, que la séparation n'existe qu'en vertu de l'acceptation bénéficiaire, laquelle peut faire place d'un jour à l'autre à l'acceptation pure et simple; les créanciers ont donc un intérêt éventuel à demander la séparation en leur nom; or, en principe, on peut prendre des mesures conservatoires pour un droit éventuel (art. 1180). On permet aux créanciers du défunt de demander la séparation contre l'héritier qui n'a point de créanciers, à raison des dettes qu'il pourra contracter (n° 11); par la même raison, ils doivent avoir le droit de la demander éventuellement pour le cas où l'héritier bénéficiaire renoncerait à son bénéfice (1). Cela suppose que les créanciers doivent agir dans les délais prescrits par le code civil, qu'ils doivent demander la séparation dans les trois ans et prendre inscription sur les immeubles dans les six mois. Ne pourrait-on pas soutenir que les délais ne courent qu'à partir de l'acceptation pure et simple faite par l'héritier? Il y a un arrêt en ce sens (2). Cette opinion nous paraît juridique en théorie, et elle est plus favorable aux créanciers. La séparation des patrimoines n'est nécessaire que lorsque l'héritier accepte purement et simplement; quand il accepte sous bénéfice d'inventaire, les créanciers ne peuvent guère songer à une garantie dont pour le moment et dans l'ordre régulier des choses ils n'ont pas besoin. C'est seulement quand l'acceptation bénéficiaire fait place à l'acceptation pure et simple que les créanciers ont un intérêt actuel à agir; la loi aurait dû prévoir cette hypothèse et prescrire des mesures qui concilient l'intérêt de l'héritier avec celui des créanciers. Dans le silence de la loi, que faut-il décider? Faire courir les délais à partir de la renonciation de l'héritier au bénéfice d'inventaire? Ce serait faire la loi aussi bien que si l'on dispensait les créanciers de l'obligation de prendre

(1) Il y a un arrêt en ce sens (Lyon, 24 juillet 1835, dans Dalloz, au mot *Succession*, n° 798).
(2) Bordeaux, 24 juillet 1830 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 796).

inscription. Nous ne voyons qu'une voie légale, c'est de remplir toutes les formalités exigées par la loi, comme si l'héritier avait accepté la succession purement et simplement. Dans notre opinion, l'accomplissement de ces formalités est une nécessité pour les créanciers s'ils veulent conserver le droit de séparation, et ils doivent les remplir dans les délais légaux, sous peine de déchéance. C'est un grand inconvénient. Ici surtout la lacune de la loi est regrettable; bien peu de créanciers auront la prévoyance d'agir dans un intérêt éventuel, en vue d'une acceptation pure et simple qui le plus souvent n'aura pas lieu; or, s'ils n'agissent pas et si l'héritier renonce à son bénéfice, ils seront déchus : par leur imprévoyance, dit-on; oui, mais aussi par l'imprévoyance du législateur (1).

### Nº 2. CONSÉQUENCES DU PRINCIPE.

**84.** Le bénéfice d'inventaire entraîne la séparation des patrimoines aussi longtemps que l'héritier ne renonce pas à son bénéfice (nº 79). Cela suppose naturellement qu'il y a bénéfice d'inventaire, et ce bénéfice n'existe que sous une double condition, la déclaration au greffe et l'inventaire. On a prétendu que l'inventaire suffisait, puisqu'il établit la séparation des deux patrimoines. Très-mauvaise raison; l'inventaire fait connaître la consistance du mobilier héréditaire, mais il ne suffit point pour donner au successible la qualité d'héritier bénéficiaire, et comment la séparation, qui est un effet du bénéfice d'inventaire, existerait-elle alors qu'il n'y a pas de bénéfice d'inventaire? peut-il y avoir un effet sans cause? Par la même raison, la seule déclaration faite au greffe ne suffit pas pour qu'il y ait séparation des patrimoines, parce que cette déclaration ne constitue pas le bénéfice d'inventaire. Cela est tellement évident qu'il ne vaudrait pas la peine de le dire, si le débat n'avait été porté devant la cour de cassation (2).

(1) Comparez, dans le sens de notre opinion, Duranton, t. VII, nºs 47 et 489; t. XIX, nº 48. Malpel, nº 240. Demolombe, t. XV, nº 171, p. 191, B.
(2) Rejet, 20 avril 1840 (Dalloz, au mot *Succession*, nº 2135, 2º). Zachariæ, édition d'Aubry et Rau, t. IV, p. 346 et note 56.

**85.** Une autre question, tout aussi évidente, a été portée devant la cour de cassation. Un créancier de l'héritier bénéficiaire prend inscription sur les biens qui pourront être dévolus à l'héritier après que la succession sera liquidée. Primera-t-il les créanciers du défunt? On ne conçoit pas même que la question soit posée. Les créanciers de l'héritier ne concourent pas avec les créanciers du défunt; ils ne peuvent donc pas avoir de préférence sur eux. Ils n'ont de droit sur les biens héréditaires que lorsque les créanciers du défunt sont désintéressés; s'ils prennent une inscription, c'est une inscription éventuelle qui ne produira d'effet qu'après le payement des créanciers héréditaires, et qui ne leur assure par conséquent de préférence qu'à l'égard des créanciers personnels de l'héritier qui sont restés créanciers chirographaires (1).

**86.** La succession est acceptée sous bénéfice d'inventaire par l'un des héritiers, et purement et simplement par un autre. On demande si la séparation des patrimoines qui résulte de l'acceptation bénéficiaire existera à l'égard de l'héritier pur et simple? Dans notre opinion, il n'y a pas de doute. Si l'acceptation bénéficiaire entraîne la séparation des patrimoines, c'est en ce sens que l'héritier ne confond pas ses biens personnels avec ceux de la succession (art. 802); il n'y a donc de séparation qu'au profit de l'héritier qui a accepté sous bénéfice d'inventaire. Son cohéritier ayant accepté purement et simplement, sa part héréditaire se trouve confondue avec ses biens personnels : comment, à son égard, y aurait-il séparation alors qu'il y a confusion? Ce serait une étrange fiction, puisque l'héritier serait tout ensemble héritier bénéficiaire et héritier pur et simple, c'est-à-dire qu'il réunirait en sa personne deux qualités dont l'une exclut l'autre (art. 774). Est-ce qu'une fiction qui est en opposition avec la réalité des choses, et qui déroge aux principes les plus élémentaires, peut être créée par les interprètes? Il n'y a pas de fiction sans loi ; cela est décisif.

(1) Arrêt de rejet du 28 janvier 1819 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 785, 2°).

L'opinion contraire est consacrée par la jurisprudence; mais les cours ne s'entendent pas entre elles. Assistons au spectacle de ces divisions; il est d'un grand intérêt, car il nous montre à quoi aboutissent les tribunaux quand ils veulent faire la loi. Ici ce n'est pas nous qui leur adressons ce reproche, c'est un auteur qui d'ordinaire s'incline devant la jurisprudence. Il y a un point sur lequel toutes les cours sont d'accord. Tant que la succession est indivise, dit-on, la séparation des patrimoines qui résulte de l'acceptation bénéficiaire de l'un des héritiers ne saurait être limitée à sa part héréditaire, par la raison que l'on ne sait pas encore quels sont les biens qui formeront sa part. Il a un droit indivis sur toute la succession, donc son acceptation bénéficiaire embrasse aussi indivisément toute l'hérédité. Nous répondrons que l'héritier pur et simple peut faire un raisonnement identique et dire : « Jai accepté la succession purement et simplement : donc le patrimoine du défunt est confondu avec le mien, et puisque l'hérédité est indivise, tout le patrimoine du défunt est confondu avec mon patrimoine. » Ainsi il y aurait confusion pour le tout et séparation pour le tout : ce qui est absurde. On ne tient aucun compte, dans l'opinion que nous combattons, de la division de l'hérédité qui s'opère quand il y a plusieurs héritiers. La succession, dans l'espèce que nous supposons, appartient par moitié à l'héritier pur et simple et par moitié à l'héritier bénéficiaire; donc il y a confusion pour une moitié et séparation pour une moitié. Qu'importe que ces moitiés soient indivises? Cela n'empêchera pas que l'héritier pur et simple ne puisse être poursuivi immédiatement et *ultra vires* par les créanciers de la succession, tandis que ceux-ci ne pourront poursuivre l'héritier bénéficiaire que sur sa part héréditaire. Dira-t-on que la poursuite divisée est impossible à raison de l'indivision? La réponse est très-simple. Les créanciers provoqueront le partage. En attendant, les créanciers qui veulent obtenir la séparation des patrimoines pourront la demander, ils pourront même prendre inscription sur tous les biens de l'hérédité pour la part indivise de leur débiteur : le partage limitera ensuite cette inscription aux biens

qui seront tombés dans le lot de l'héritier. Que si les créanciers de la succession ne demandent pas la séparation et ne prennent pas inscription, ils seront primés par les créanciers de l'héritier pur et simple qui pendant l'indivision auront acquis une hypothèque sur les biens héréditaires (1). Quant à l'héritier bénéficiaire, il ne peut pas disposer des biens de la succession au préjudice des créanciers héréditaires, il ne peut donc pas consentir d'hypothèque à ses créanciers personnels; c'est la conséquence de son acceptation bénéficiaire, et cette conséquence se réalise déjà pendant l'indivision.

Que dit-on à l'appui de l'opinion contraire? Nous sommes fâché de devoir répondre, qu'à défaut d'arguments juridiques, on se paye de mots et de phrases (2). Lorsque plusieurs personnes, dit-on, se trouvent simultanément appelées à une même hérédité, elles en sont saisies d'une manière indivisible jusqu'au partage; dès lors l'acceptation bénéficiaire de l'une d'elles doit produire son effet sur toute l'hérédité, et empêcher la confusion des biens héréditaires avec le patrimoine de l'héritier pur et simple. Nous répondons que le code ignore cette saisine indivisible, au moins dans le sens et avec la portée qu'on lui donne ici. Nous avons enseigné que tous les héritiers sont saisis d'une manière indivisible, en ce sens qu'ils ont le devoir de conserver toute l'hérédité et le droit de la revendiquer (3). Autre est la question de savoir si l'acceptation bénéficiaire de l'un emporte séparation des patrimoines à l'égard de l'autre qui a accepté purement et simplement. Cela est en opposition avec les principes qui régissent l'acceptation : chaque héritier a un droit individuel et en use comme il l'entend; et chacun pouvant accepter comme il veut, l'acceptation de l'un est distincte et indépendante de celle de l'autre;

(1) Demolombe, t. XV, p. 211, n° 173.

(2) Aubry et Rau sur Zachariæ. t. IV, p. 348, note 57; Dufresne, *De la séparation des patrimoines*, n° 79. Cassation, 18 novembre 1833 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 788). Dijon, 6 février 1854 (Dalloz, 1855, 1, 51), confirmé par un arrêt de rejet du 11 décembre 1854 (Dalloz, 1855, 1, 49). Caen, 21 novembre 1855 (Dalloz, 1856, 2, 295). Arrêt de rejet du 3 août 1857 (Dalloz, 1857, 1, 336).

(3) Voyez le tome IX de mes *Principes*, n° 232, p. 284.

donc chaque mode d'acceptation produit les effets particuliers que la loi y attache.

L'argument de l'indivisibilité n'a pas trouvé faveur ; il est rejeté par les partisans mêmes de l'opinion que nous combattons. Ce n'est pas parce que la saisine est indivisible, disent-ils, que l'acceptation bénéficiaire de l'un réagit sur l'acceptation pure et simple de l'autre, c'est à raison de l'indivision (1). Nous avons d'avance répondu à l'objection, elle confond le fait avec le droit ; en fait, il y a des difficultés pendant l'indivision, mais elles n'influent pas sur le droit, et l'on peut de suite y mettre un terme en provoquant le partage. D'autres, laissant là la saisine indivisible, prétendent que le régime bénéficiaire est indivisible. Nous demanderons avec M. Demolombe où il est dit que le régime bénéficiaire est indivisible? Nulle part. Et que signifie cette indivisibilité? Si elle a un sens, elle signifie que l'héritier pur et simple serait soumis aux obligations que la loi impose à l'héritier bénéficiaire, ce qui est un non-sens ; un héritier peut-il être pur et simple tout ensemble et bénéficiaire? L'héritier pur et simple pourrait faire le même raisonnement et dire que le régime de l'acceptation pure et simple est aussi indivisible, et il en conclurait que l'héritier bénéficiaire a les droits et les obligations d'un héritier pur et simple!

L'inventaire, dit-on, qui est fait à la requête de l'héritier bénéficiaire, porte sur toute l'hérédité ; il la sépare donc tout entière du patrimoine de chacun des héritiers. S'il en était ainsi, il suffirait d'un inventaire pour établir la séparation des patrimoines. Voilà une nouvelle théorie dont on peut certes dire que le code l'ignore. Nos textes ne connaissent qu'une séparation véritable, et dans celle-là, l'inventaire ne figure pas comme condition, il n'y joue d'autre rôle que celui d'une mesure conservatoire, que les héritiers peuvent pratiquer s'ils le jugent convenable. Quant à la séparation des patrimoines qui résulte de l'acceptation bénéficiaire, elle n'existe pas par cela seul qu'il y a un inventaire, il faut encore une déclaration au greffe ;

(1) Barafort, *De la séparation des patrimoines*, p. 248, n° 170.

cette déclaration est un acte individuel qui n'a d'effet qu'à l'égard de l'héritier qui accepte la succession sous bénéfice d'inventaire, et qui ne peut avoir aucun effet à l'égard de l'héritier qui a manifesté la volonté d'être héritier pur et simple.

**87.** L'indivision n'est qu'un état temporaire, et même moins que cela, car elle disparaît, comme si elle n'avait jamais existé, du moment que la succession est partagée. N'est-ce pas une raison nouvelle pour ne pas attribuer à l'état d'indivision un effet définitif? En supposant qu'il y ait eu séparation des patrimoines pendant l'indivision, ne s'évanouit-elle pas avec la cause d'où elle procède? Et si, par l'effet du partage, la succession est censée n'avoir jamais été indivise, la séparation aussi ne doit-elle pas être considérée comme n'ayant jamais existé? L'objection est grave; on a essayé d'y échapper en prétendant que la séparation des patrimoines survit au partage, de sorte qu'il y aurait séparation, non-seulement à l'égard de l'héritier bénéficiaire, mais même à l'égard de l'héritier pur et simple. Il a y un arrêt en ce sens (1). La logique porte malheur aux mauvaises causes : la cour de Caen, en voulant être conséquente, a abouti à l'absurde, et l'absurdité de la conséquence ne prouverait-elle pas que le principe d'où elle découle est faux? Il y a deux héritiers, l'un bénéficiaire, l'autre pur et simple; ils partagent l'hérédité. Quel est l'effet du partage? Chaque héritier est censé avoir toujours été propriétaire exclusif des biens qui tombent dans son lot; donc l'héritier pur et simple est censé avoir possédé comme tel, dès l'ouverture de l'hérédité, les biens qui lui sont attribués; ces biens ont donc toujours été confondus avec son patrimoine. Là où, d'après ces principes élémentaires, il y a toujours eu confusion, l'on veut qu'il y ait séparation! Ecoutons les arguments qui ont conduit la cour de Caen à cette solution étrange. C'est d'abord que le régime du bénéfice d'inventaire est indivisible : l'on ne conçoit pas une succession administrée bénéficiairement par l'un des héritiers et appréhendée purement et simple-

(1) Caen, 21 novembre 1855 (Dalloz, 1856, 2, 294).

ment par les autres. Nous avons répondu d'avance que cela se conçoit très-bien pendant l'indivision; à plus forte raison après le partage, alors que l'héritier bénéficiaire est censé n'avoir jamais eu aucun droit sur les biens qui forment la part de l'héritier pur et simple; de fait et de droit, il y a, dans ce cas, deux successions distinctes, l'une sous le régime bénéficiaire, l'autre confondue avec le patrimoine de l'héritier pur et simple depuis l'ouverture de l'hérédité. La succession, ajoute l'arrêt, a été bénéficiaire pour le tout pendant l'indivision; elle doit rester telle après le partage, car il ne dépend pas des successibles de changer leur condition à l'égard des tiers par un simple acte de leur volonté. « Qui vous dit, répondra l'héritier pur et simple, que je change ma condition? J'ai accepté purement et simplement et je reste héritier pur et simple. De quoi les tiers se plaindraient-ils? Ils savent que je ne suis pas héritier bénéficiaire, puisque je n'ai fait aucune déclaration au greffe; ils savent donc que les biens tombés dans mon lot ont toujours été confondus avec mon patrimoine. Prétendraient-ils me soumettre au régime bénéficiaire alors que je suis héritier pur et simple? Ce serait là une fiction; qu'ils citent le texte qui l'a établie (1). »

L'inscription que l'article 2111 exige pour la conservation du droit de séparation donne lieu à une légère difficulté, d'après le droit français qui a été le nôtre jusqu'en 1851. Aux termes de l'article 2146, les créanciers hypothécaires du défunt ne peuvent plus prendre inscription, depuis l'ouverture de l'hérédité, lorsque la succession n'est acceptée que sous bénéfice d'inventaire. On a prétendu que cette disposition empêchait les créanciers de la succession de prendre l'inscription prescrite par l'article 2111. C'est une erreur. L'inscription de l'article 2111 n'a rien de commun avec celle de l'article 2146; celle-ci est une inscription hypothécaire qui tend à donner au créancier une préférence à l'égard des autres créanciers du défunt; tandis que l'inscription de l'article 2111 est prise par les

(1) Barafort, p. 250, nº 251. Comparez Aubry et Rau sur Zachariæ, t. IV, p. 348, note 57.

créanciers du défunt indistinctement contre les créanciers de l'héritier. Qu'est-ce qui empêche les créanciers héréditaires de prendre inscription pendant l'indivision sur tous les biens de la succession? Reste à savoir quel sera l'effet de cette inscription après le partage. Ici nous rencontrons un arrêt de la cour de cassation qui consacre une nouvelle doctrine en cette matière. Elle a cassé l'arrêt de la cour de Caen que nous venons de combattre. La cour suprême admet que l'acceptation bénéficiaire par quelques-uns des héritiers emporte séparation des patrimoines en faveur des créanciers de la succession, non-seulement contre les créanciers personnels des héritiers bénéficiaires, mais encore contre les créanciers personnels des héritiers purs et simples. L'arrêt dit que la séparation ne subsiste pas, à l'égard de ces derniers, après le partage, à moins qu'ils n'aient pris inscription pendant l'indivision sur les biens qui tombent au lot de l'héritier pur et simple (1). L'arrêt donne d'excellents motifs contre la décision de la cour de Caen qui faisait survivre la séparation des patrimoines à la cause d'où elle procédait; mais il ne motive pas la restriction qu'il fait pour le cas où une inscription aurait été prise par les créanciers du défunt pendant l'indivision. Nous admettons la restriction, mais avec des explications pour la concilier avec les principes qui régissent la séparation des patrimoines et le partage. Quand il y a deux héritiers, l'un bénéficiaire, l'autre pur et simple, il y a séparation de droit à l'égard de l'héritier bénéficiaire et confusion à l'égard de l'héritier pur et simple. Dans le système de la cour de cassation, les créanciers de la succession ne doivent pas demander la séparation contre l'héritier bénéficiaire, ni prendre inscription sur ses biens; si donc ils prennent inscription, c'est pour s'assurer leur droit de préférence contre les créanciers de l'héritier pur et simple. Sur quels biens s'inscriront-ils? Pendant l'indivision, ils doivent s'inscrire sur tous les biens, puisque l'héritier pur et simple a un droit indivis sur tous ces biens.

(1) Arrêt de cassation du 25 août 1858 (Dalloz, 1858, 1, 358). Comparez arrêt de cassation du 3 août 1857 (Dalloz, 1857, 1, 336) et les observations de Barafort sur cet arrêt, p. 254 et suiv.

Mais que devient cette inscription après le partage? Il y a alors deux successions, l'une bénéficiaire, l'autre pure et simple. A l'égard de l'héritier pur et simple, l'inscription vaudra et conservera les droits des créanciers héréditaires sur les biens tombés dans son lot. La séparation des patrimoines sera donc conservée à l'égard de l'héritier pur et simple; quant à l'héritier bénéficiaire, elle existe de plein droit, sans demande ni inscription, dans le système consacré par la jurisprudence. Dans notre opinion, l'inscription peut et doit être prise par les créanciers pour la conservation de leurs droits contre les deux héritiers; de sorte qu'il y aura séparation complète des deux patrimoines.

**88.** Il reste une dernière difficulté. Les successions échues aux mineurs doivent être acceptées sous bénéfice d'inventaire. Sont-elles régies par les principes que nous venons d'exposer? La jurisprudence applique les mêmes principes à tous les cas où il y a acceptation bénéficiaire, qu'elle soit forcée ou volontaire, et cela est logique. Mais il faut voir si la logique est en harmonie avec le texte et avec l'esprit de la loi. Les créanciers de la succession, dit-on, n'ont pas besoin de demander la séparation des patrimoines, ni de prendre inscription sur les biens héréditaires, puisque la séparation existe de plein droit en vertu de l'acceptation bénéficiaire qui est obligatoire pour les mineurs. D'accord, si les conditions de l'acceptation ont été remplies, et aussi longtemps que l'acceptation durera. Il faut que les conditions soient remplies, car le bénéfice d'inventaire n'existe pas de plein droit; le tuteur devra donc faire une déclaration au greffe et procéder à l'inventaire. La jurisprudence a été plus loin; il a été jugé que la séparation des patrimoines existait alors même qu'il n'y aurait pas de déclaration, les mineurs étant nécessairement héritiers bénéficiaires (1). Cela est inadmissible, nous en avons déjà fait la remarque. Il ne saurait y avoir de séparation des patrimoines là où il n'y a pas de

(1) Nîmes, 21 juillet 1852 (Dalloz, 1854, 2, 206). En sens contraire, Agen, 29 mars 1838 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 791). Comparez le tome IX de mes *Principes*, n° 380, p. 445.

bénéfice d'inventaire; or, le bénéfice d'inventaire n'existe que sous certaines conditions, pour les mineurs aussi bien que pour les majeurs. Nous supposons ces conditions remplies; que deviendra la séparation des patrimoines si les mineurs devenus majeurs renoncent au bénéfice d'inventaire? On ne leur contestera certes pas le droit d'y renoncer, car c'est malgré eux, en vertu de la loi, et à raison de leur minorité qu'ils sont héritiers bénéficiaires; donc, après leur majorité, ils doivent avoir le droit de faire ce qu'ils jugent convenable, ils rentrent dans le droit commun. S'ils renoncent au bénéfice d'inventaire, la séparation continuera-t-elle? On le prétend. Ainsi le régime bénéficiaire continuerait après l'acceptation pure et simple! Pour les héritiers mineurs plus encore que pour les majeurs, cela est une impossibilité légale.

Que faut-il décider si les mineurs ont des cohéritiers majeurs qui acceptent purement et simplement? Y aura-t-il séparation à l'égard des héritiers majeurs? La jurisprudence l'admet (1); cela est conséquent, mais encore une fois ce qui est logique est-il juridique? Les mineurs ne sont héritiers bénéficiaires qu'à cause de leur minorité; la séparation des patrimoines a donc sa raison d'être dans la minorité des héritiers, et l'on veut qu'elle s'étende aux héritiers majeurs! Les majeurs seraient donc réputés mineurs, par la plus impossible des fictions, sans l'ombre d'un texte! Ici se révèle tout ce qu'il y a d'absurde dans la doctrine que la jurisprudence a consacrée. Elle prodigue les fictions pour aboutir à un résultat que la science ne peut accepter.

**89**. M. Demolombe fait une remarque très-juste sur la doctrine qui a prévalu dans la pratique. Il y a des analogies entre la séparation des patrimoines demandée par les créanciers et celle qui résulte de l'acceptation bénéficiaire. Mais les auteurs du code n'en ont tenu aucun compte. Ils auraient dû combiner les deux institutions pour en faire un ensemble; au lieu de cela, ils se sont bornés à consacrer la doctrine traditionnelle, en traitant, dans des cha-

(1) Nîmes, 5 mars 1855 (Dalloz, 1855, 2, 163).

pitres distincts et à des points de vue différents, du bénéfice d'inventaire et de la séparation des patrimoines. Les faits ont révélé le lien qui existe entre les deux institutions. Qu'a fait la jurisprudence? Elle a essayé de combler la lacune qui se trouve dans la loi, en combinant ce que le législateur avait divisé. Il en est résulté ce qui arrive toujours quand le juge fait la loi au lieu de l'interpréter. La jurisprudence, dit M. Demolombe, a abouti à un système incohérent, très-peu conséquent à ses prémisses et plein d'impuissance; les tribunaux ne peuvent pas faire ce que le pouvoir législatif a seul mission et capacité de faire (1). L'aveu est précieux; nous en prenons acte. Nous avons dit bien des fois que les juges font la loi et qu'ils la font mal, parce qu'ils n'ont pas la liberté d'allures que le législateur doit avoir. On nous reproche d'enchaîner les tribunaux dans les textes, et de les réduire à l'impuissance. Or, voici un auteur qui trop souvent s'incline devant la jurisprudence et qui constate que les cours sont impuissantes à accomplir l'œuvre qui appartient au législateur. Nous préférons l'impuissance qui respecte la loi à l'impuissance qui se met en dehors et au-dessus de la loi.

## § II. *Droits et obligations de l'héritier bénéficiaire.*

### N° 1. COMMENT IL EST TENU DES DETTES.

**90.** L'article 802 dit que l'héritier bénéficiaire « n'est tenu du payement des dettes de la succession que jusqu'à concurrence de la valeur des biens qu'il a recueillis. » Comment faut-il entendre cette disposition? L'expression *être tenu* dont la loi se sert indique d'ordinaire un lien d'obligation; si on la prend en ce sens, elle marque que l'héritier bénéficiaire doit payer les dettes comme débiteur, et il ne peut être débiteur que s'il est le représentant du défunt. Le principe serait donc celui-ci : l'héritier bénéficiaire est héritier, donc il représente le défunt et il con-

(1) Demolombe, t. XV, p. 207, n° 172.

tinue sa personne. A ce titre, il est tenu des dettes, mais il n'en est pas tenu sur ses biens personnels, il ne peut être poursuivi que sur les biens de la succession. En cela il diffère de l'héritier pur et simple; celui-ci est tenu indéfiniment sur ses biens personnels comme sur ceux de la succession, les deux patrimoines étant confondus dans sa main. Tandis que l'acceptation bénéficiaire empêche cette confusion, et fait que l'héritier possède deux patrimoines, celui du défunt et le sien, et le bénéfice d'inventaire lui donne l'avantage de n'être tenu des dettes que sur les biens de la succession. Dans cette interprétation, l'héritier bénéficiaire est obligé personnellement, mais il ne peut être poursuivi que sur le patrimoine du défunt.

Il y a quelque incertitude sur ce principe dans la doctrine. Pothier commence par dire que l'héritier bénéficiaire est, en réalité, un vrai héritier et un vrai successeur du défunt, mais qu'à l'égard des créanciers de la succession, il est considéré plutôt comme un administrateur des biens qui composent l'hérédité. Pothier le compare au tuteur, lequel, quand il s'oblige, ne peut être contraint sur ses propres biens au payement de la somme à laquelle il est obligé, mais seulement sur les biens dont il a l'administration, et il se libère en rendant compte de ce qu'il a desdits biens entre les mains; de même l'héritier bénéficiaire ne peut être contraint de payer sur ses propres biens, aux créanciers de la succession, ce qui leur est dû (1).

La comparaison n'est pas exacte; le tuteur est un mandataire; or, le mandataire ne s'oblige pas par les obligations qu'il contracte, il oblige son mandant. Tandis que l'héritier bénéficiaire, en acceptant l'hérédité, s'oblige, dans une certaine limite, à l'égard des créanciers du défunt. Du tuteur on peut dire qu'il n'est qu'administrateur; on ne peut pas le dire de l'héritier bénéficiaire, puisqu'il est propriétaire; la transmission de l'hérédité s'opère sur sa tête aussi bien que sur la tête de l'héritier pur et simple. Aussi cette comparaison n'est-elle, dans la pensée de Pothier, qu'une espèce de fiction contraire à la vérité qu'il a

(1) Pothier, *Des successions*, chap. III, sect. III, art. II, § 5.

commencé par formuler. Il y a donc ici un conflit entre la vérité et la fiction. En réalité, l'héritier bénéficiaire est successeur du défunt et propriétaire des biens de la succession; mais le bénéfice d'inventaire vient modifier cette règle par une exception établie dans l'intérêt de l'héritier, exception qui, comme nous l'avons dit, déroge aux vrais principes (1), mais ne peut cependant pas les anéantir.

Les auteurs, nous semble-t-il, ne se sont pas rendu compte de ce conflit qui existe entre la vérité et la fiction. Pothier étend tellement la fiction qu'il ne reste plus de place pour la réalité. Merlin, au contraire, s'attache à la réalité, au point que la fiction disparaît. Très-certainement, dit-il, l'héritier bénéficiaire est propriétaire des biens qu'il recueille à ce titre; et il ne l'est pas seulement à l'égard de ses cohéritiers, il l'est aussi à l'égard des créanciers. Voilà le contre-pied de la formule de Pothier. Cela posé, continue Merlin, il est évident qu'on ne peut assimiler l'héritier bénéficiaire, même dans ses rapports avec les créanciers, à un tuteur; car celui-ci administre le bien d'autrui, tandis que l'héritier bénéficiaire n'administre que sa propre chose. Merlin conclut que l'héritier bénéficiaire est héritier, ni plus ni moins que s'il avait accepté la succession purement et simplement; il ne diffère de l'héritier pur et simple qu'en ce qu'il n'est jamais *obligé* au delà de la valeur des biens qu'il a recueillis (2). Il est donc *obligé*, c'est-à-dire débiteur personnel.

L'interprétation de Merlin concorde avec le texte de l'article 802, tel que nous l'avons expliqué. Les auteurs modernes, au contraire, critiquent le texte. Il semble indiquer, disent-ils, que l'héritier bénéficiaire est *débiteur* de ce qui était dû par le défunt, sauf cette seule différence que la dette, au lieu de le grever *ultra vires*, serait limitée à la valeur des biens par lui recueillis. En réalité, dit-on, l'héritier bénéficiaire ne doit rien aux créanciers du défunt; quoiqu'il soit héritier et par conséquent propriétaire des biens de la succession, il n'est considéré à l'égard des

(1) Voyez le tome IX de mes *Principes*, n° 369, p. 433.
(2) Merlin, *Repertoire*, au mot *Bénéfice d'inventaire*, n° XXV (t. III, p. 91 et 92).

créanciers que comme un administrateur comptable. On le voit, la fiction l'emporte à ce point que la vérité disparaît. Sur quoi se fonde-t-on pour s'écarter du texte de l'article 802, aux termes duquel l'héritier bénéficiaire est *tenu* des dettes? S'il était *débiteur*, dit-on, il pourrait être poursuivi sur ses propres biens, au moins jusqu'à concurrence de la valeur des biens qu'il recueille; or, l'article 803 dit formellement qu'il ne peut être contraint sur ses biens personnels qu'après avoir été mis en demeure de présenter son compte et faute d'avoir satisfait à cette obligation. Ce n'est donc pas en sa qualité d'héritier qu'il est poursuivi sur ses biens personnels, c'est quand il manque aux obligations que lui impose le bénéfice d'inventaire. Preuve, dit-on, qu'il n'est pas débiteur (1). L'argumentation est loin d'être concluante; les auteurs raisonnent comme s'ils étaient en présence d'un principe absolu, tandis que le bénéfice d'inventaire est une exception aux vrais principes, à la vraie vérité, comme dit Pothier. En quoi consiste l'exception ou la fiction? C'est que l'héritier bénéficiaire est supposé posséder deux patrimoines distincts, et il n'est tenu, comme successeur du défunt, que sur l'un de ces patrimoines, celui du défunt. Voilà tout ce que dit l'article 803. De ce que l'héritier bénéficiaire ne peut être poursuivi sur ses biens personnels, on ne peut donc pas conclure qu'il n'est pas débiteur; il est débiteur limité, au lieu d'être débiteur illimité, comme il devrait l'être en qualité de successeur du défunt.

Nous avons insisté longuement sur un principe élémentaire, parce que c'est là le but de notre travail. On va voir que ce n'est pas peine perdue; le principe, tel que nous l'avons formulé, nous servira à décider une question controversée. D'ailleurs il importe toujours d'avoir des principes clairs et nets : c'est là tout le droit.

**91**. La jurisprudence est incertaine comme la doctrine. Il a été jugé que les créanciers n'ont pas besoin d'attendre la reddition de compte pour agir contre l'héritier bénéfi-

(1) Demante, t. III, p. 186, n° 124 *bis* I; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, p. 424, n° 616; Demolombe, t. XV, p. 176, n° 159.

ciaire. Cela est très-juste et conforme aux principes que nous venons d'enseigner : l'héritier bénéficiaire est successeur et, comme tel, sujet aux actions des créanciers. Mais contre qui les créanciers agiront-ils? La cour de Bruxelles dit qu'ils peuvent diriger leurs actions contre la succession, en la personne de l'héritier bénéficiaire. Cela est vague et obscur; on en pourrait induire que l'héritier n'est pas débiteur, qu'il est seulement détenteur et administrateur. Puis l'arrêt ajoute que les créanciers ont contre la succession acceptée bénéficiairement les mêmes droits qu'en cas d'acceptation pure et simple, avec cette seule différence que, dans le premier cas, ils ne peuvent contraindre l'héritier sur ses biens personnels (1). Cette proposition rentre tout à fait dans notre doctrine; il en résulte que l'héritier est plus que détenteur, plus qu'administrateur : il est héritier, donc successeur, donc débiteur. Partant il peut être poursuivi personnellement; mais les créanciers n'ont pour gage qu'une partie de son patrimoine, les biens qu'il a recueillis dans la succession.

**92**. Il y a des conséquences du principe sur lesquelles il ne saurait y avoir aucun doute, bien que le débat ait été porté devant les tribunaux et jusque devant la cour de cassation. L'héritier bénéficiaire est héritier, donc il représente le défunt, et par suite il est tenu de ses obligations et de ses promesses, mais il en est tenu seulement sur les biens de la succession. Voici l'espèce qui s'est présentée. L'un des propriétaires d'une chose indivise la vend pour la totalité, en se portant fort d'obtenir la ratification de son copropriétaire; tous les deux décèdent, laissant un seul et même héritier, qui accepte sous bénéfice d'inventaire. De là la question de savoir s'il était tenu de fournir la ratification promise, et si, en cas de refus, il devait payer personnellement des dommages-intérêts. La cour de cassation jugea que l'acceptation bénéficiaire fait peser sur l'héritier, et par cela même qu'il est héritier, toutes les obligations dont un héritier est tenu; que le bénéfice d'inventaire met seulement ses biens personnels à l'abri de toute

(1) Bruxelles, 12 avril 1831 (*Pasicrisie*, 1831, p. 84).

action de la part des créanciers héréditaires, mais ne les affranchit pas des promesses faites par le défunt, lorsque cet accomplissement n'excède pas les forces de l'hérédité. L'obligation de payer des dommages-intérêts découlait logiquement de ces principes, et il va sans dire que cette dette était personnelle à l'héritier, puisqu'elle résultait d'un fait qui lui était personnel (1).

Une femme se désiste de son hypothèque légale (2) au profit d'un créancier de son mari; elle consent à ce que le créancier exerce ses droits et les fasse valoir par préférence à elle-même. Cet engagement oblige-t-il son héritier bénéficiaire? Il a été jugé que la renonciation à l'hypothèque légale crée une obligation à charge de la femme; il est vrai qu'elle ne s'engage pas personnellement à payer la dette du créancier, mais elle est tenue en ce sens que si les ressources du débiteur ne suffisent pas pour la désintéresser elle et le créancier, elle ne pourra faire valoir ses droits qu'en second ordre. La renonciation, avec les conséquences qu'elle entraîne, obligeant la femme, oblige aussi ses héritiers; peu importe qu'ils soient bénéficiaires, ils n'en sont pas moins débiteurs jusqu'à concurrence des biens qu'ils recueillent dans la succession (3).

**93.** S'il y a plusieurs héritiers bénéficiaires, les dettes se divisent-elles entre eux, de sorte que chacun n'en est tenu que pour sa part héréditaire, quelle que soit la valeur des biens compris dans son lot? La question est controversée; l'opinion générale est que le bénéfice d'inventaire n'empêche pas la division des dettes entre les cohéritiers (4). Nous n'hésitons pas à nous ranger de cet avis : c'est une conséquence évidente du principe tel que nous l'avons posé (n° 90). Si l'on admet que les héritiers bénéficiaires sont héritiers, représentants de la personne du défunt, et partant débiteurs personnels, il n'y a aucune raison pour ne

(1) Arrêt de rejet du 17 mars 1852 (Dalloz, 1852, 1, 116).
(2) C'est à-dire qu'elle renonce au bénéfice de son inscription, car elle ne peut pas renoncer à son hypothèque.
(3) Riom, 3 août 1863 (Dalloz, 1863, 2, 133).
(4) Voyez les autorités, en sens divers, citées par Zachariæ, édition d'Aubry et Rau, t. IV, p. 367, note 51. Demolombe, t. XV, p. 186, n° 169 et Dalloz, au mot *Succession*, n° 761.

pas leur appliquer le principe de la division des dettes. Aux termes de l'article 873, les héritiers sont tenus des dettes et charges de la succession, personnellement pour leur part et portion virile; l'article 1220 formule le principe avec plus de précision, en disant que les héritiers ne sont tenus de payer les dettes que pour les parts dont ils sont saisis ou dont ils sont *tenus* comme représentant le débiteur. Or, les héritiers bénéficiaires sont saisis aussi bien que les héritiers purs et simples, et quand il y en a plusieurs, ils représentent chacun le défunt pour la part dont ils sont saisis, et par conséquent ils ne sont *tenus* des dettes, en vertu des articles 802, 873 et 1220, que pour leur part héréditaire. On objecte que la séparation des patrimoines déroge à ces principes; le patrimoine du défunt, dit-on, est le gage exclusif de ses créanciers, ils doivent donc avoir le droit de le poursuivre entre les mains des héritiers, détenteurs des biens de la succession plutôt que débiteurs. L'argument serait décisif si l'acceptation bénéficiaire avait pour but et pour effet d'assurer aux créanciers le patrimoine du défunt, considéré comme gage indivisible de leurs créances, et si les héritiers bénéficiaires étaient simples détenteurs des biens et tenus seulement des dettes à raison de cette détention. Dans notre opinion, le bénéfice d'inventaire n'emporte pas une véritable séparation des patrimoines (n° 78); le code ne le considère qu'au point de vue de l'intérêt de l'héritier, en ce sens qu'il lui permet de réclamer le payement de ses créances contre la succession; et bien que le bénéfice profite indirectement aux créanciers du défunt, en écartant les créanciers de l'héritier, la loi ne dit pas que ces créanciers ont pour gage indivisible le patrimoine du défunt; elle dit le contraire dans les articles que nous venons de citer. On prétend que les articles 873 et 1220 ne s'appliquent pas aux héritiers bénéficiaires, puisqu'ils ne sont pas tenus personnellement des dettes. Cette objection ne peut nous être opposée, puisque nous admettons, avec le texte de l'article 802, que les héritiers bénéficiaires sont tenus des dettes comme représentants de la personne du défunt. L'esprit de la loi ne laisse aucun doute. En réalité, le bénéfice d'inventaire n'a

rien de commun avec la division des dettes; celle-ci est la conséquence du concours des héritiers; chacun ne représentant la personne du défunt que pour sa part héréditaire, n'est tenu des dettes que pour cette part. Si nous avons écarté ce principe lorsque les créanciers du défunt demandent la séparation des patrimoines (n° 64), c'est que dans ce cas les héritiers ne sont plus considérés comme débiteurs; dès lors les articles 873 et 1220 sont inapplicables. Mais au chapitre du *Bénéfice d'inventaire*, la loi n'établit point cette fiction; elle dit tout le contraire, puisque d'après l'article 802, les héritiers bénéficiaires sont *tenus* du payement des dettes de la succession. Ce sont les auteurs qui ont fait dire au législateur, ce que réellement il ne dit pas, que les héritiers bénéficiaires ne sont tenus des dettes que comme détenteurs des biens de l'hérédité. Dans cette opinion, on doit décider que les articles 873 et 1220 ne sont pas applicables aux héritiers bénéficiaires; c'est ce qu'ont fait Bilhard et Poujol, et Merlin n'est parvenu à prouver le contraire qu'en soutenant, comme nous l'avons fait, que les héritiers bénéficiaires sont héritiers aussi bien que les héritiers purs et simples, donc représentants de la personne du défunt et tenus des dettes, avec cette différence que les uns sont tenus des dettes *ultra vires*, et que les autres n'en sont tenus que jusqu'à concurrence de l'actif héréditaire (1). En deux mots, la division des dettes se fait à raison du concours de plusieurs héritiers représentant la personne du défunt; c'est quand les dettes sont divisées que naît la question de savoir comment les héritiers en sont tenus, et ceci dépend du mode de leur acceptation.

**94.** Il a été jugé que les dettes se divisent entre les héritiers bénéficiaires, alors même que le défunt s'est obligé sous cette clause que chacun de ses héritiers sera tenu pour le tout au payement de la dette (2). Cette stipulation, dit la cour de cassation, n'empêche pas que les dettes ne

(1) Bilhard, *Du bénéfice d'inventaire*, n^os 109 et 110, p. 359 et suiv.; Poujol, art. 873, n° 3, t. II, p. 278. En sens contraire, Merlin, *Répertoire*, au mot *Bénéfice d'inventaire*, § XXV (t. III, p. 90).

(2) Arrêt de rejet de la chambre civile du 16 février 1858 (Dalloz, 1858, 1, 128).

se divisent, et par suite chaque héritier bénéficiaire n'en est tenu que pour sa part héréditaire, et jusqu'à concurrence seulement des biens qu'il recueille. Ce dernier point est évident; c'est l'application de l'article 802. Il n'en est pas de même de la division des dettes. L'obligation ne peut pas être mise à la charge de l'un des héritiers, ce serait un pacte successoire prohibé par la loi; le code permet seulement de déroger à la division du payement, en chargeant l'un des héritiers de l'exécution de l'obligation (art. 1221, n° 4). Lors donc que le titre porte que chacun des héritiers sera tenu pour le tout, cela veut dire qu'il devra payer le tout, sauf son recours contre ses cohéritiers. La clause doit recevoir son exécution, alors même que les héritiers acceptent sous bénéfice d'inventaire, puisque les héritiers bénéficiaires sont tenus des engagements de leur auteur dans la limite de leur émolument. Donc, dans l'espèce, chacun d'eux pouvait être poursuivi pour le tout, sauf son recours.

### N° 2. IL N'Y A PAS DE CONFUSION DES PATRIMOINES.

**95.** L'article 802 porte que l'héritier bénéficiaire ne confond pas ses biens personnels avec ceux de la succession et conserve le droit de réclamer contre elle le payement de ses créances. Pothier formule le principe en termes plus généraux, en disant que les *droits* et *actions* que l'héritier avait contre le défunt ne se confondent point. En effet, le principe ne s'applique pas seulement aux créances, comme le dit l'article 802, il reçoit aussi son application aux droits réels; si l'héritier avait une servitude ou une hypothèque sur les biens du défunt, ces droits ne s'éteignent pas par la confusion, comme ils s'éteindraient s'il y avait acceptation pure et simple. Quelle en est la raison? Pothier répond que l'héritier bénéficiaire doit conserver ses droits et actions contre l'hérédité, de même que le tuteur conserve ses droits contre le pupille dont il administre les biens. La raison n'est pas bonne : le tuteur n'est pas le successeur de son pupille, comme l'héritier bénéficiaire est le successeur du défunt. Pothier ajoute que, si les dettes dont

le défunt était tenu envers l'héritier s'éteignaient par son acceptation bénéficiaire, il en résulterait que l'héritier payerait les dettes sur son propre bien, puisqu'il les acquitterait par la confusion de ses créances qui sont son propre bien. Cela est vrai en un sens, mais cela conduirait à cette conséquence que l'héritier ne pourrait pas exercer ses créances pour le tout, qu'il y aurait confusion jusqu'à concurrence de son émolument (1). La vraie raison qui empêche l'extinction des droits appartenant à l'héritier bénéficiaire contre la personne ou sur les biens du défunt est que l'héritier ne confond pas ses biens personnels avec ceux de l'hérédité, comme le dit l'article 802. C'est une conséquence de la fiction qui considère l'héritier comme détenteur de deux patrimoines distincts; quand l'héritier accepte purement et simplement, le patrimoine du défunt se confond avec le sien; d'où suit qu'il est tout ensemble créancier et débiteur; or, il ne peut poursuivre le payement de ses créances contre lui-même; l'extinction de ses droits par confusion tient donc à l'impossibilité où il est d'agir. Or, cette impossibilité n'existe plus lorsqu'il accepte sous bénéfice d'inventaire, car il peut agir contre la succession, considérée comme patrimoine distinct du sien.

**96.** Quoiqu'il y ait deux patrimoines, en vertu de la fiction du bénéfice d'inventaire, il n'y a qu'un seul représentant de ces deux patrimoines; comment donc l'héritier agira-t-il lorsqu'il a une demande à former contre la succession? Le code de procédure civile répond à la question (art. 996). Si l'héritier bénéficiaire a des cohéritiers, il agit contre eux; s'il n'en a point, ou si tous doivent intenter l'action, elle sera formée contre un curateur au bénéfice d'inventaire, nommé de la même manière que le curateur à la succession vacante. La loi ne parle pas des droits que la succession aurait contre l'héritier bénéficiaire. Il est certain que les dettes de l'héritier ne s'éteignent pas plus par confusion que ses créances; la difficulté est de savoir comment la succession, qui a pour représentant l'héritier,

(1) Pothier, *Traité des successions*, chap. III, sect. III, art. II, § VII. Demolombe, t. XV, p. 224, nº 181.

exercera ses droits contre l'héritier. Il faut appliquer l'article 996 par analogie : y a-t-il d'autres héritiers, ils agiront contre l'héritier débiteur : n'y en a-t-il pas, les créanciers de la succession devront provoquer la nomination d'un curateur chargé de former les demandes au nom de l'hérédité. Demante dit que la nomination d'un curateur ne sera pas toujours nécessaire; les dettes de l'héritier envers la succession font partie de l'actif héréditaire, et figurent par conséquent au compte de l'héritier, au chapitre des recettes; il en doit donc compte aux créanciers. Cela est vrai ; toutefois les créanciers pourraient avoir intérêt à agir, et dès qu'ils y ont intérêt, ils ont le droit de poursuivre l'héritier, et par suite de faire nommer un curateur. L'héritier doit faire des distributions de deniers aux créanciers, au fur et à mesure de ses recettes; parmi ces recettes figurent aussi les dettes dont il est tenu ; s'il ne les exige pas de lui-même, les créanciers auront le droit de l'y forcer (1). C'est donc une question d'intérêt. Il a été jugé par la cour de Bruxelles qu'il n'y avait pas lieu de nommer un curateur : dans l'espèce, l'héritier bénéficiaire offrait de rendre compte immédiatement, et par conséquent d'y comprendre la dette dont il était tenu. Dès lors il était inutile d'agir contre lui (2).

**97.** Du principe que les biens de l'héritier ne se confondent pas avec ceux de la succession, on déduit la conséquence que l'héritier est un tiers à l'égard de l'hérédité (3). La conséquence est trop absolue; le principe lui-même n'est qu'une fiction ; or, en matière de fictions, on ne peut pas procéder par voie d'argumentation logique ; on doit, au contraire, les restreindre dans les limites de la loi, qui seule a pouvoir de les établir. A côté de la fiction, il y a la réalité, qui est la vraie vérité, c'est que l'héritier bénéficiaire est héritier; loin d'être un tiers, il est le représentant de la personne du défunt ; seulement il la représente imparfaitement, puisqu'il n'est tenu de ses dettes que jus-

(1) Demante, t. III, p. 190, nº 125 *bis* III. Demolombe, t. XV, p. 239, nº 200.
(2) Bruxelles, 19 juillet 1817 (*Pasicrisie*, 1817, p. 462).
(3) Zachariæ, édition d'Aubry et Rau, t. IV, p. 352.

qu'à concurrence de son émolument. Il faut donc maintenir la réalité, sauf à la restreindre par la fiction. On arrive ainsi à cette conséquence que l'héritier est tout ensemble tiers et ayant cause, ce qui paraît absurde; mais il y a toujours une absurdité dans les fictions, puisqu'elles sont en opposition avec la réalité des choses.

On admet la fiction, sans difficulté aucune, quand il s'agit de la force probante des actes. Les actes sous seing privé n'ont date certaine à l'égard des tiers que dans les cas prévus par l'article 1328, tandis qu'ils font preuve de leur date ainsi que de leur contenu à l'égard des héritiers. Faut-il considérer l'héritier bénéficiaire comme un tiers? L'affirmative a été jugée (1). Cette décision n'est-elle pas trop absolue? L'héritier bénéficiaire est héritier, donc ayant cause à titre universel; partant l'acte fait foi de son contenu et de sa date à son égard, s'il a été reconnu par le défunt ou vérifié contre lui. C'est un engagement contracté par le défunt; donc l'héritier bénéficiaire en est tenu, bien entendu dans les limites du profit qu'il retire de l'hérédité.

Les tiers, débiteurs personnels de l'héritier bénéficiaire, peuvent-ils lui opposer en compensation les créances qu'ils auraient contre la succession? On décide la question négativement (2). Il nous semble que la décision est encore une fois trop absolue. Celui qui est créancier de la succession l'est aussi de l'héritier bénéficiaire, au moins jusqu'à concurrence de l'actif héréditaire. Si cet actif était établi, de sorte que la dette de l'héritier bénéficiaire soit liquide, nous ne voyons pas pourquoi la compensation ne s'opérerait pas; et alors même que la dette ne serait pas encore fixée, les tribunaux pourraient admettre la compensation facultative dans le cas où la liquidation serait facile. En définitive, la difficulté tient, non aux principes qui régissent le bénéfice d'inventaire, mais aux règles de la compensation.

(1) Arrêt de rejet de la chambre civile du 22 juin 1818 (Sirey, XIX, 1, 111). Zachariæ, édition d'Aubry et Rau, t. IV, p. 352, note 8. Demolombe, t. XV, p. 227, n° 187.

(2) Merlin, *Répertoire*, au mot *Compensation*, § III, n° 6 (t. V, p. 232).

**98.** Par application du principe qui considère l'héritier bénéficiaire comme un tiers, on admet que les tiers ne peuvent invoquer contre l'héritier bénéficiaire, agissant en son propre nom, aucune exception du chef du défunt (1). Ici encore nous ferons une restriction. Si l'exception du chef du défunt implique un engagement de sa part, l'héritier en est tenu jusqu'à concurrence du profit qu'il recueille. L'héritier pourra donc agir en son nom, mais il sera tenu de remplir les obligations que le défunt avait contractées dans la limite de son émolument. C'est ce que dit Pothier. Le défunt avait vendu un héritage appartenant à son héritier présomptif, lequel accepte sous bénéfice d'inventaire. L'héritier pourra-t-il revendiquer son héritage? Oui, dit Pothier; et l'acquéreur ne pourra pas lui opposer qu'étant tenu, en sa qualité d'héritier, de le garantir contre toute éviction, il ne peut pas l'évincer; l'héritier répliquera qu'il n'est pas tenu sur ses propres biens des obligations du défunt, qu'on ne peut donc pas lui opposer l'exception de garantie alors qu'il agit de son propre chef, et pour un bien qui fait partie de son patrimoine. L'action en revendication sera donc admise. Mais l'acquéreur évincé a droit à des dommages-intérêts; il pourra les réclamer contre l'héritier bénéficiaire, car celui-ci est tenu des engagements du défunt sur les biens de la succession (2). C'est ainsi que l'on concilie la réalité avec la fiction. L'héritier est tout ensemble tiers et représentant limité du défunt; comme tiers, il peut revendiquer; comme représentant du défunt, il répond des suites de l'éviction dans les limites de l'actif héréditaire. La doctrine et la jurisprudence sont en ce sens, sauf un arrêt contraire de la cour de Riom, qu'il est inutile de critiquer, puisque l'erreur est évidente. Mais ceux-là mêmes qui le critiquent avec une certaine rigueur se trompent ou s'expriment inexactement en disant que l'obligation de garantie n'incombe pas à l'héritier bénéficiaire (3) : le contraire est

(1) Zachariæ, édition d'Aubry et Rau, t. IV, p. 352, n° 3.
(2) Pothier, *Des successions*, chapitre III, sect. III, art. II, § VII. Demolombe, t. XV, p. 236, n° 194.
(3) Marcadé, t. III, p. 187, n° II de l'article 802. Comparez Dalloz, au mot *Succession*, n° 800.

également évident d'après ce que nous venons de dire.

La cour de cassation a fait une autre application du même principe. Dans l'espèce, l'héritier bénéficiaire avait une créance contre le défunt. Ses propres créanciers en réclamèrent le payement contre la succession; les créanciers héréditaires demandèrent que le payement fût ajourné, parce que l'héritier bénéficiaire était débiteur de dettes non encore liquidées, mais qui égalaient au moins sa créance. La cour rejeta cette prétention; elle tendait à placer l'héritier bénéficiaire, comme créancier, dans une position autre que celle des créanciers en général : ceux-ci peuvent réclamer leurs créances liquides, tandis qu'on ne pourrait exiger d'eux le payement de dettes non liquides. Eh bien, l'héritier bénéficiaire a les mêmes droits que tout créancier, en vertu de la fiction qui lui permet d'exercer ses créances contre l'hérédité; donc, dans l'espèce, lui, et ses créanciers en son nom, pouvaient demander le payement de sa créance sans qu'on pût leur opposer des dettes qui n'étaient pas liquides : c'était opposer la compensation en dehors des conditions requises pour que la compensation puisse être opposée (1).

**99.** L'héritier bénéficiaire peut-il, en qualité de créancier, faire saisir et vendre les biens de la succession dans les formes de la vente ou saisie? La cour de Toulouse a jugé qu'il n'a pas ce droit (2). Il y a un motif de douter qui a entraîné la cour. Le code prescrit les formes dans lesquelles l'héritier bénéficiaire doit vendre les immeubles de la succession : n'est-ce pas lui interdire la faculté d'employer un autre mode de vente? L'objection confond les obligations de l'héritier bénéficiaire et ses droits comme créancier; c'est comme héritier bénéficiaire qu'il doit observer les formes prescrites par le code civil; comme créancier, il agit de la même manière que les autres créanciers. On ne peut pas étendre aux *droits* du *créancier* ce que la loi dit des *obligations* de *l'héritier*. C'est sans doute une

(1) Arrêt de rejet du 5 juin 1849 (Dalloz, 1849, 1, 18).

(2) Toulouse, 17 mars 1827 (Dalloz, au mot *Succession*, nº 851). Demolombe approuve (t. XV, p. 226, nº 184). En sens contraire les auteurs qu'il cite.

chose très-singulière de voir une seule et même personne jouer deux rôles, et suivre des formes différentes dans ses actions, selon qu'elle agit à titre d'héritier ou de créancier; mais cela tient à la coexistence d'une fiction et de la vérité: il faut en tenir compte, et dans l'espèce on le peut, puisque les qualités sont différentes et que les lois diffèrent.

**100.** Si l'héritier est créancier hypothécaire, il peut exercer contre le tiers détenteur tous les droits que la loi accorde aux créanciers en général. Il a été jugé qu'il a le droit de surenchérir. Dans ce cas, l'héritier joue encore une fois deux rôles; la cour de Caen dit qu'il y a en lui deux personnes distinctes. Il poursuit la vente en sa qualité d'héritier, c'est-à-dire d'administrateur de la succession. Puis, en sa qualité de créancier, il surenchérit; c'est une garantie que la loi donne à tout créancier et dont on ne peut dépouiller l'héritier bénéficiaire. Vainement dirait-on qu'étant présent à l'adjudication, il peut enchérir immédiatement; l'arrêt répond que c'est comme héritier qu'il est présent et non comme créancier; en cette dernière qualité, le droit de surenchère ne peut lui être contesté (1).

Le droit de surenchérir implique le droit de se porter adjudicataire. On le reconnaît généralement à l'héritier qui est créancier. Ici les deux qualités qu'il réunit en sa personne sont dans un tel conflit que l'une semble exclure l'autre. C'est un immeuble de l'hérédité qui est vendu, cet immeuble appartient donc à l'héritier bénéficiaire : peut-il acheter ce qui lui appartient déjà? On répond qu'il achète comme créancier. Voilà la fiction; mais la réalité a aussi son influence. Pothier remarque que si l'héritier se rend adjudicataire d'un bien de la succession, il retient plutôt qu'il n'acquiert; il en conclut qu'il n'en doit pas le profit, c'est-à-dire les droits que l'acquéreur d'un fief devait payer (2). Dans notre droit moderne, il faut décider qu'il n'y a pas de mutation, et par conséquent qu'il n'y a pas lieu à la transcription. Il en est de même, comme nous le

(1) Caen, 23 août 1839 (Dalloz, au mot *Surenchère*, n° 49. Le texte de l'arrêt n'y est pas. On le trouve dans Demolombe, t. XV, p. 225, n° 183).

(2) Pothier, *Des successions*, chap. III, sect. I, art. II, § I.

dirons ailleurs, lorsque c'est le tiers détenteur de l'immeuble exproprié qui se porte adjudicataire.

Il a été jugé que l'héritier bénéficiaire contre lequel l'expropriation d'un immeuble héréditaire est poursuivie ne peut se rendre adjudicataire; on lui oppose l'article 711 du code de procédure qui défend aux avoués d'enchérir pour le saisi. Mais peut-on dire que l'héritier soit le saisi? D'après l'opinion commune, l'héritier n'est pas débiteur; il n'est donc pas le saisi, dans le vrai sens du mot, c'est un tiers détenteur contre lequel on exproprie. Dans l'opinion que nous avons enseignée, l'héritier est débiteur, donc il est saisi et par suite il ne peut ni surenchérir, ni se porter adjudicataire (1).

L'article 1596 du code civil ne peut-il pas être opposé à l'héritier bénéficiaire à la requête duquel un immeuble de l'hérédité est vendu? Cette disposition défend au tuteur ainsi qu'à tout administrateur de se rendre adjudicataires des biens qu'ils administrent. La cour de Bruxelles a jugé, sans motiver sa décision, que l'article 1596 ne s'applique pas à l'héritier bénéficiaire (2). Nous croyons qu'elle a bien jugé. D'abord l'héritier bénéficiaire n'administre pas les biens d'autrui comme le tuteur; il est propriétaire; c'est un bien de sa famille que l'on vend, et il peut être intéressé à le conserver, il a donc un motif légitime pour se porter adjudicataire. Puis il a encore une autre qualité, il est créancier; et quand il agit comme créancier, on ne peut lui opposer sa qualité d'héritier.

## § III. *Administration.*

**101.** Aux termes de l'article 803, « l'héritier bénéficiaire est chargé d'administrer les biens de la succession. » L'administration pour lui est donc une charge, tandis que pour l'héritier pur et simple c'est un droit. Il est facile de se rendre raison de cette différence. L'héritier bénéficiaire est, à la vérité, propriétaire, et d'un propriétaire on ne

(1) Pau, 2 août 1844, confirmé par un arrêt de rejet du 18 février 1846 (Dalloz, 1846, 1, 134). En sens contraire, Demolombe, t. XV, p. 232, n° 191.
(2) Bruxelles, 18 juin 1851 (*Pasicrisie*, 1852, 2, 22).

dit pas qu'il est obligé d'administrer sa chose. Mais s'il devient propriétaire, c'est sous une condition qui déroge au droit commun. Il est héritier; comme tel, il devrait payer les dettes *ultra vires*; pour échapper à cette obligation, qui pourrait devenir ruineuse, il accepte sous bénéfice d'inventaire; il s'oblige par là à payer les dettes jusqu'à concurrence de la valeur des biens qu'il recueille; cela implique qu'il doit administrer l'hérédité dans l'intérêt des créanciers. C'est la garantie que l'acceptation bénéficiaire donne aux créanciers du défunt. Les créanciers d'un héritier pur et simple n'ont pas besoin de cette garantie; ils en ont une autre bien plus forte, l'obligation que l'héritier contracte de payer les dettes *ultra vires*.

**102**. La loi apporte cependant une exception notable à l'obligation d'administrer qu'elle impose à l'héritier bénéficiaire, elle lui permet d'abandonner les biens de la succession aux créanciers et aux légataires (art. 802). D'après l'article 802, le but de cet abandon est de décharger l'héritier du payement des dettes; or, comme il paye les dettes avec les biens de la succession, qu'il administre et qu'il vend, il faut dire que l'objet de l'abandon est de se décharger de l'administration. On conçoit l'intérêt qu'y a l'héritier; il prévoit que les dettes absorberont tout l'actif héréditaire, il devrait donc administrer dans l'intérêt exclusif des créanciers, et supporter la responsabilité de cette gestion sans en retirer aucun profit. Mais il est difficile de concilier ce droit d'abandon avec les principes. Administrer n'est pas une faculté pour l'héritier bénéficiaire, c'est une obligation qu'il contracte en acceptant sous bénéfice d'inventaire. Conçoit-on que l'on se délie d'un lien d'obligation? L'abandon se concevrait avec le concours des créanciers et légataires, qui par l'acceptation de la succession sont devenus les créanciers de l'héritier; ce serait alors une cession de biens volontaire. Mais la loi n'exige pas le consentement des créanciers. Voici ce qui en résulte. Il faut bien que l'hérédité soit administrée; ce sont donc les créanciers qui administreront. Rien de plus juste, dira-t-on, puisque c'est dans leur intérêt qu'ils gèrent les biens. Cela est vrai, mais cela suppose que le

passif absorbe tout l'avoir du défunt. Il se peut qu'il reste un reliquat, lequel appartiendra certainement à l'héritier. Dans ce cas, les créanciers auront géré dans l'intérêt de l'héritier bénéficiaire, et celui-ci se sera déchargé sur eux d'une obligation qu'il avait contractée à leur égard. Cela n'est certes pas juste. On en a déjà fait la remarque dans l'ancien droit (1).

#### Nº 1. DE L'ABANDON DES BIENS AUX CRÉANCIERS.

**103.** Le droit d'abandon appartient à tout héritier bénéficiaire. S'il y en a plusieurs, l'un peut user de ce droit, tandis qu'un autre préfère conserver l'administration des biens. Le droit de celui qui fait l'abandon est incontestable. Mais quelle en sera la conséquence? On a prétendu que la part des renonçants accroissait à leurs cohéritiers; ce qui suppose que l'abandon est une renonciation. Nous dirons plus loin que l'héritier qui fait l'abandon reste héritier; il ne peut donc pas s'agir d'un accroissement. Il a été jugé que les créanciers pouvaient adjoindre un gérant aux heritiers qui conservent l'administration, afin d'administrer de concert avec eux les biens abandonnés et de répondre aux poursuites dirigées contre la succession (2). Nous croyons qu'il n'y a pas lieu à la nomination d'un curateur (nº 107); à notre avis, c'est contre l'héritier qui a fait l'abandon des biens que les actions doivent être dirigées. En tout cas nous ne voyons pas de quel droit on adjoindrait un gérant aux héritiers qui continuent à administrer leur part héréditaire. La succession bénéficiaire se partage comme toute succession; donc chacun des héritiers administre les biens qui tombent dans son lot. Cela n'est pas sans inconvénient; le législateur aurait dû organiser une administration unique, au lieu de la morceler, mais il ne l'a pas fait, et dans le silence de la loi, il faut appliquer

(1) Loyseau, *Du déguerpissement*, livre IV, chap. I, nº 11, cité par Demolombe, t. XV, p. 248. nº 208.
(2) Douai, 29 juillet 1816 (Dalloz, au mot *Succession*, nº 776). Comparez Demolombe, t. XV, p. 250, nº 210 et les auteurs qu'il cite.

les principes généraux qui régissent la transmission de l'hérédité et le partage.

**104**. L'héritier bénéficiaire qui veut faire l'abandon des biens aux créanciers doit les abandonner *tous;* l'article 802 le dit, et cela résulte du but même de l'abandon. Ce sont tous les biens de la *succession* que l'héritier doit abandonner, c'est-à-dire les biens qui composaient le patrimoine du défunt et qui, à ce titre, sont le gage de ses créanciers. Il y a des biens qui étaient sortis du patrimoine du défunt et qui rentrent fictivement dans la succession; ce sont les biens donnés entre vifs, que l'héritier donataire doit rapporter; ces biens ne doivent pas être abandonnés aux créanciers, car ils n'y ont aucun droit (art. 857). Il en est de même des biens qui seront réduits, lorsque la donation excède le disponible. Si les biens rapportés ou réduits rentrent dans la succession, c'est par une fiction, et la fiction ne profite qu'à ceux dans l'intérêt desquels elle est établie, c'est-à-dire aux héritiers (1).

**105**. A qui l'abandon doit-il être fait? L'article 802 dit : aux créanciers et légataires, donc à tous. Cela résulte de l'objet de l'abandon; l'héritier remet les biens à ceux dont ils sont le gage, et ils sont le gage de tous les créanciers et de tous les légataires. On demande quel serait l'effet de l'abandon que l'héritier ferait à quelques-uns des créanciers ou légataires. Il a été jugé qu'un pareil acte est un acte de disposition, d'où l'arrêt conclut que le tuteur n'a aucune qualité pour le faire (2); il en faudrait encore conclure que si l'abandon avait été fait par un héritier capable d'aliéner, il emporterait renonciation au bénéfice d'inventaire, puisque l'héritier renonce à son bénéfice quand il aliène sans observer les formes prescrites par la loi (3). Cette décision n'est-elle pas trop absolue? L'héritier a le droit de faire l'abandon des biens aux créanciers, et il a le droit d'aliéner : dans le premier cas, il con-

(1) Chabot, t. II, p. 186, nº 6 de l'article 802. Zachariæ, t. IV, p. 350 et notes 3 et 5. Demolombe, t. XV, p. 250, nºs 211-213.

(2) Arrêt de cassation du 12 mars 1839 (Dalloz, au mot *Succession*, nº 784). Comparez Chabot, t. II, p. 186, nº 7 de l'article 802.

(3) Voyez le tome IX de mes *Principes*, nº 394, p. 460.

serve le bénéfice d'inventaire ; dans le second, il y renonce. Il faut donc voir quel est l'objet de l'acte qui se passe entre l'héritier et quelques-uns des créanciers. S'il est qualifié d'abandon, il n'y faut pas voir une vente. L'héritier n'a aucun intérêt à vendre, car il n'est tenu à l'égard des créanciers que jusqu'à concurrence de la valeur des biens qu'il a recueillis ; tandis que si l'acte était considéré comme une aliénation, il deviendrait héritier pur et simple, et il serait tenu des dettes *ultra vires*. On doit donc l'interpréter comme un simple abandon, puisque les actes doivent être interprétés d'après l'intention des parties qui y figurent. Dans l'espèce, il ne s'agit pas d'un contrat ; l'abandon est un acte unilatéral, donc c'est la volonté de l'héritier qui est décisive. Il se peut cependant que l'héritier qui abandonne les biens à quelques-uns des créanciers ait l'intention de renoncer au bénéfice d'inventaire, et qu'il veuille désintéresser les créanciers en leur cédant tout ou partie des biens de l'hérédité : c'est au juge à apprécier. Il y a une circonstance dont il devra tenir compte, c'est quand l'abandon ne porte que sur quelques biens ; ce n'est pas là un abandon dans le sens de l'article 802 ; ce pourra donc être une cession, c'est-à-dire un acte de disposition, et par suite une renonciation au bénéfice d'inventaire. Mais ce sera une rare exception, l'intérêt de l'héritier, quand la succession est mauvaise, étant d'abandonner les biens à tous les créanciers. S'il ne le fait qu'à quelques-uns, l'abandon restera sans effet, car la loi n'admet pas un abandon morcelé (1).

**106**. Dans quelle forme l'abandon doit-il se faire? La loi ne prescrit aucune forme ; nous en concluons qu'aucune forme n'est exigée pour la validité de l'abandon ; l'interprète ne peut pas imposer des conditions ni créer des obligations. Demante dit que l'effet de l'abandon étant le même à l'égard des créanciers que serait celui d'une renonciation amenant la vacance de la succession, l'abandon devrait être fait dans la même forme, c'est-à-dire par acte au

(1) Comparez Zachariæ, édition d'Aubry et Rau, t. IV, p. 350, note 4; Demolombe, t. XV, p. 251, n° 214.

greffe (1). Cela n'est pas exact. L'abandon n'est pas une renonciation, pas même à l'égard des créanciers; car s'il y avait renonciation, la part du renonçant accroîtrait à ses cohéritiers, ou serait dévolue au degré subséquent, ce qui intéresse certainement les créanciers, parce qu'il en résulte un droit pour eux, tandis que l'abandon leur impose une charge, celle d'administrer. Une déclaration au greffe n'atteindrait pas même le but de la loi : est-ce que les créanciers seront tenus d'aller tous les jours au greffe pour s'informer si l'héritier leur a fait l'abandon des biens?

Il y a une forme qui résulte de la force des choses. L'héritier qui fait l'abandon cesse d'administrer, par suite l'administration passe aux créanciers. Il faut naturellement que l'héritier manifeste sa volonté par un acte extérieur, et il faut aussi que les créanciers en soient informés; ce double but est atteint par une notification que l'héritier fait à tous les intéressés, créanciers ou légataires. Si la notification n'était pas faite à tous les intéressés, l'abandon n'aurait aucun effet à l'égard de ceux qui n'en auraient obtenu aucune connaissance; à leur égard donc l'héritier continuerait à être administrateur responsable. On ne peut pas aller plus loin et le déclarer déchu du bénéfice d'inventaire; la loi ne prononce pas la déchéance, et elle ne résulte pas des principes. L'héritier qui notifie son abandon manifeste clairement son intention de rester héritier bénéficiaire et de ne faire qu'un simple abandon de l'administration, et c'est l'intention qui est décisive (2).

**107**. Nous supposons l'abandon notifié aux parties intéressées. Les créanciers et légataires devront-ils faire nommer un curateur? Notre réponse est toujours négative, et par la même raison, c'est que la loi ne l'exige pas, et elle a raison de ne pas l'exiger. On nomme un curateur à une succession vacante, parce qu'il n'y a personne qui l'administre et personne qui réponde aux actions des créan-

(1) Demante, t. III, p. 187, n° 124 *bis* III.

(2) Chabot, t. II, p. 186, n° 7 de l'article 802; Zachariæ, traduction de Massé et Vergé, t. II, p. 343, note 2. Merlin donne le choix à l'héritier entre une déclaration au greffe et une notification (*Questions de droit*, au mot *Bénéfice d'inventaire*, § V, art. 3, n° 1); cela est inadmissible.

ciers : c'est une question de nécessité. Quand l'héritier bénéficiaire fait l'abandon des biens aux créanciers, il n'y a aucune nécessité de nommer un curateur; les créanciers administrent et l'héritier répond aux actions. L'abandon n'est pas autre chose que la décharge de l'administration, laquelle passe de l'héritier aux créanciers. Si ceux-ci ne s'entendent pas, le tribunal décidera.

Nous disons que les actions sont dirigées contre l'héritier qui a abandonné les biens à ses créanciers. Cela suppose que l'abandon n'est pas une renonciation, nous le prouverons plus loin. Ceux-là mêmes qui admettent que l'héritier bénéficiaire reste héritier après l'abandon qu'il a fait des biens enseignent que les actions ne peuvent plus être dirigées contre lui. Cela résulte de l'objet même de l'abandon, dit Chabot. Pourquoi l'héritier le fait-il? Pour se debarrasser des soins de l'administration et des ennuis qu'elle lui occasionne; or, ne serait-ce pas le forcer de se mêler aux affaires que de le soumettre aux actions des créanciers et légataires (1)? Un arrêt de la cour de cassation répond à l'objection. L'héritier bénéficiaire restant héritier malgré l'abandon, c'est lui qui profitera du reliquat, s'il reste des biens après que les créanciers et légataires sont payés. Il est donc intéressé à contester les actions dirigées contre la succession (2). D'un autre côté, les créanciers et légataires n'ont aucune qualité pour répondre aux demandes; ils n'administrent qu'en ce sens qu'ils vendent et liquident. Quant aux droits réclamés contre l'hérédité, l'héritier seul a qualité pour les contester s'il y a lieu. Un curateur, en supposant qu'il y en eût un, ne représenterait que les créanciers, et il n'aurait pas plus de pouvoir qu'eux; il ne représenterait pas l'héritier, parce que l'héritier resterait étranger à sa nomination. Donc il n'y a que l'héritier qui puisse répondre aux ac-

(1) Chabot, t. II, p. 187, n° 8 de l'article 802. Merlin, *Questions de droit*, au mot *Bénéfice d'inventaire*, § V, art. 3, n° 1. Demante, t. III, p. 187, n° 124 *bis* III. Massé et Vergé sur Zachariæ, t. II, p. 344, note 1. Demolombe, t. XV, p. 254, nos 219 et 220.

(2) Arrêt de cassation du 1er février 1830 (Dalloz, au mot *Enregistrement*, n° 4020). C'est l'opinion assez généralement suivie (Demolombe, t. XV, p. 256, n° 221).

tions. Cela ne l'engagera pas dans les embarras de l'administration ; il figure seulement au procès, l'administration proprement dite reste aux créanciers.

**108.** Il résulte des principes que nous venons d'établir que l'abandon, n'étant pas un acte translatif de propriété, peut être fait par le tuteur sans l'observation des formes que la loi prescrit pour les actes d'aliénation. On cite comme ayant jugé le contraire l'arrêt de la cour de cassation qui a décidé que le tuteur n'avait pu faire l'abandon des biens de la succession à quelques-uns des créanciers (1). Cet arrêt ne décide pas en principe que l'abandon est un acte translatif de propriété ; on pourrait plutôt en induire le principe contraire ; quand l'abandon se fait à quelques créanciers, ce peut être un acte de disposition (n° 105), et, dans ce cas, il faut naturellement que le tuteur se fasse autoriser par le conseil de famille et qu'il obtienne l'homologation du tribunal (art. 457 et 458). Mais quand l'abandon est fait à tous les créanciers, il n'a d'autre effet que de leur déléguer l'administration. Faut-il néanmoins l'autorisation du conseil de famille ? La cour de Douai a jugé l'affirmative (2). Il est certain que l'intervention du tribunal n'est pas nécessaire. La loi se contente de l'autorisation du conseil de famille pour répudier une succession (art. 461) ; à plus forte raison doit-elle suffire quand il s'agit seulement d'en abandonner l'administration aux créanciers. On pourrait même soutenir que le tuteur peut faire cet abandon sans y être autorisé, puisqu'il ne concerne que l'administration. Mais à cela on répond que le tuteur est obligé d'administrer et qu'il n'a pas le droit de déléguer une obligation.

**109.** L'administration déléguée aux créanciers est essentiellement provisoire ; elle a pour objet de liquider la succession plutôt que de l'administrer. Donc l'acte principal de cette gestion consistera à vendre les biens héréditaires. Dans quelle forme cette vente devra-t-elle être faite ? On enseigne que les créanciers doivent suivre les

(1) Arrêt de cassation du 12 mars 1839 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 784).
(2) Douai, 13 août 1855 (Dalloz, 1856, 2, 92).

formes prescrites pour l'héritier bénéficiaire (1). Cela paraît assez logique, les créanciers n'étant que les délégués de l'héritier. Toutefois il y a une différence considérable. Si l'héritier est tenu de vendre dans certaines formes, c'est qu'il administre dans l'intérêt des créanciers et légataires; tandis que les créanciers vendent dans leur intérêt, l'héritier s'étant mis hors de cause par son abandon. Il y a un argument d'analogie en matière de cession de biens. Quand elle est judiciaire, c'est-à-dire forcée, la vente se fait dans les formes établies pour l'héritier bénéficiaire (C. de pr., art. 904). Quand elle est volontaire, les créanciers ne sont astreints à aucune forme. Or, l'abandon fait par l'héritier bénéficiaire est une cession volontaire. D'après la législation belge, la question a peu d'intérêt pratique, la loi du 12 juin 1816 ayant simplifié les formalités de la vente faite par l'héritier bénéficiaire; elle se fait avec autorisation de justice, par le ministère d'un notaire et par-devant le juge de paix du canton où la succession s'est ouverte (art. 3, §§ 1 et 2).

**110**. L'héritier qui a fait l'abandon peut-il reprendre l'administration? Il nous semble qu'il le peut par cela seul que la loi ne le lui défend pas. L'héritier est propriétaire, et il conserve la propriété des biens héréditaires; l'abandon qu'il en fait aux créanciers n'est pas un contrat; il n'y a donc aucun lien d'obligation entre lui et les créanciers; dès lors rien ne l'empêche de revenir sur une manifestation de volonté purement unilatérale (2). On décide généralement que l'héritier ne peut reprendre l'administration qu'en offrant de payer intégralement les dettes et les legs (3). C'est changer complétement la position de l'héritier bénéficiaire, en le transformant en héritier pur et simple : à notre avis, la loi seule aurait pu lui imposer cette condition.

(1) Zachariæ, édition d'Aubry et Rau, t. IV, p. 351.
(2) Tambour, *Du bénéfice d'inventaire*, p. 382.
(3) Demolombe, t. XV, p. 258, n° 224 et les auteurs qu'il cite.

N° 2. L'HÉRITIER BÉNÉFICIAIRE PEUT-IL RENONCER?

**111.** La négative est si évidente que l'on a de la peine à comprendre que la question ait donné lieu à des débats judiciaires et que les meilleurs auteurs la décident en sens divers. C'est la tradition qui a obscurci cette matière. Dans l'ancien droit, on soutenait que l'héritier bénéficiaire pouvait renoncer à l'hérédité ; on prétendait que la maxime de l'irrévocabilité de l'acceptation ne s'appliquait pas à l'héritier qui avait accepté sous bénéfice d'inventaire. Cette opinion avait un appui dans les coutumes qui permettaient à un parent plus éloigné d'écarter l'héritier bénéficiaire, en acceptant l'hérédité purement et simplement; n'était-ce pas dire que l'héritier bénéficiaire n'est pas un véritable héritier? On peut lire dans Merlin la longue controverse que la question a soulevée dans l'ancien droit (1); nous croyons inutile d'y entrer, le droit moderne mettant l'héritier bénéficiaire sur la même ligne que l'héritier pur et simple; l'acceptation bénéficiaire doit donc avoir le même effet, partant elle est toujours irrévocable. Il y a des arrêts en sens contraire; il suffit de lire celui de la cour de Bruxelles (2) pour se convaincre que c'est la tradition qui a égaré les magistrats. La tradition perd son autorité quand il y a un changement dans la législation; il en est ainsi pour l'acceptation bénéficiaire. C'est l'opinion qui l'a emporté dans la doctrine et dans la jurisprudence (3).

**112.** Quel serait l'effet d'une renonciation que ferait l'héritier bénéficiaire? Elle serait nulle, d'une nullité absolue; l'héritier resterait héritier, et à l'égard des créanciers et à l'égard de ses cohéritiers ou des héritiers d'un degré subséquent (4). Il s'est cependant présenté un cas dans lequel la renonciation a été validée en apparence; en réalité, le débat ne portait pas sur la validité de la re-

(1) Merlin, *Questions de droit,* au mot *Bénéfice d'inventaire,* § V.
(2) Bruxelles, 26 février 1817 (*Pasicrisie,* 1817, p. 341).
(3) Voyez les autorités dans Zachariæ, t. IV, note 49 du § 619, p. 366; Demolombe, t. XV, p. 246, n° 208, et Dalloz, n^os^ 764, 769 et suiv.
(4) Lyon, 13 avril 1837 et Bordeaux, 4 mars 1826 (Dalloz, au mot *Succession,* n^os^ 772 et 777).

nonciation. Un héritier, après avoir accepté sous bénéfice d'inventaire, renonça à la succession par acte fait au greffe. Le partage se fit entre les autres héritiers ; ce partage fut itérativement confirmé par l'héritier qui avait renoncé ; la cour de Bruxelles jugea que l'héritier ayant approuvé le partage qui l'excluait, l'ayant même exécuté, n'était plus recevable à demander un nouveau partage. Sur le pourvoi, il intervint un arrêt de rejet. La cour de cassation a soin de constater que l'arrêt attaqué ne décidait pas que la renonciation de l'héritier bénéficiaire était valable ; il jugeait que l'héritier avait abandonné au profit de ses cohéritiers le droit qui lui appartenait de réclamer sa part héréditaire dans la succession paternelle. Cette renonciation, dit la cour, ne concernait que les cohéritiers, elle n'avait rien de contraire à l'ordre public ; il n'y avait donc aucun motif de l'annuler (1). Ainsi, malgré sa renonciation faite au greffe, l'héritier bénéficiaire restait héritier ; il pouvait être actionné par les créanciers, et il n'aurait pas pu leur opposer sa renonciation, sauf son recours contre ses cohéritiers qui, en partageant l'hérédité à son exclusion, s'étaient obligés à payer les dettes. Ainsi interprétée, la décision de la cour de Bruxelles était très-juridique.

**113.** Il a été jugé que les mineurs peuvent se faire restituer contre l'acceptation bénéficiaire que le tuteur a faite en vertu d'une autorisation du conseil de famille (2). L'arrêt se fonde sur le principe que le mineur peut attaquer tous les actes faits en son nom par lesquels il est lésé ; or, l'acceptation d'une succession, fût-ce sous bénéfice d'inventaire, peut léser considérablement ses intérêts en l'obligeant à rapporter les libéralités qui lui ont été faites. A notre avis, et c'est aujourd'hui l'opinion générale, le mineur ne peut pas attaquer les actes faits par son tuteur conformément à la loi. C'est précisément à raison des conséquences de l'acceptation bénéficiaire que la loi fait intervenir le conseil de famille ; conseil doit voir quel est

(1) Bruxelles, 3 février 1845 (*Pasicrisie*, 1846, 2, 75) ; arrêt de rejet du 4 juin 1846 (*Pasicrisie*, 1847, 1, 123).

(2) Bordeaux, 17 février 1826 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 768).

l'intérêt du mineur; s'il autorise l'acceptation, le mineur ne peut pas en demander la rescision pour cause de lésion. Nous reviendrons sur le principe, au titre des *Obligations*. Ce même arrêt décide que l'abandon permis par l'article 802 est une véritable répudiation. Nous allons examiner cette question tant débattue, et qui est si simple si l'on s'en tient au texte de la loi et aux principes.

**114.** Il y a sur cette question une grande incertitude dans la doctrine, ou pour le moins une inexactitude de langage qu'il importe d'éviter dans la science du droit. La faute en remonte à Pothier. Il commence par dire que l'héritier bénéficiaire peut, si bon lui semble, *renoncer à la succession* en *abandonnant les biens aux créanciers;* n'est-ce pas dire que l'abandon est une renonciation? Plus loin, Pothier dit que la renonciation que fait l'héritier bénéficiaire est plutôt un abandon des biens qu'il fait aux créanciers qu'une véritable renonciation, car l'acceptation qu'il a faite de la succession, quoique sous bénéfice d'inventaire, l'ayant rendu héritier, il ne peut plus se dépouiller de cette qualité : *qui semel hæres, semper hæres.* Après cela, Pothier ajoute : « Il est vrai qu'en abandonnant les biens, et d'ailleurs n'étant pas tenu, en conséquence du bénéfice d'inventaire, des obligations du défunt, il ne conserve qu'un *vain nom* et un *vain titre* d'héritier; mais néanmoins on ne peut pas dire qu'il ne soit pas héritier. » N'est-ce pas dire que le débat est une dispute de mots? Dans son *Introduction à la coutume d'Orléans*, Pothier est plus exact. « L'abandon, dit-il, que fait l'héritier bénéficiaire est *improprement* appelé *renonciation à la succession;* car il n'a d'autre effet que de le décharger envers les créanciers; il demeure toujours héritier et, comme tel, propriétaire des biens qu'il a abandonnés (1). »

Toullier est tout aussi vague, et, il faut le dire, plus inexact. Il enseigne que l'héritier bénéficiaire ne peut plus renoncer, que l'article 802 lui permet seulement d'abandonner les biens aux créanciers; mais on doit avouer, dit-

(1) Pothier *Des successions*, chap. III, sect. III, art. III, § VIII; *Introduction à la coutume d'Orléans*, titre XVII, n° 53.

il, que la différence ne consiste que dans le mot. Cela est si vrai, ajoute-t-il, que l'héritier bénéficiaire qui abandonne est censé n'avoir jamais été héritier. Néanmoins la propriété des biens réside toujours sur sa tête (1). On voit combien il importe que le langage des interprètes soit exact. Ce que Toullier dit des effets de l'abandon est une erreur si évidente, qu'il est inutile d'insister pour la démontrer; il nous suffit de remarquer que Pothier dit tout le contraire. Merlin a cru éviter ces contradictions patentes en distinguant. L'abandon, dit-il, est une renonciation à l'égard des créanciers et légataires, mais l'héritier bénéficiaire reste héritier à l'égard de ses cohéritiers (2). Comment ce grand jurisconsulte n'a-t-il pas vu que la qualité d'héritier est indivisible, que l'on ne peut pas être tout ensemble acceptant et renonçant? Il faut donc dire avec Pothier que le mot *renonciation* est impropre, et s'il est impropre, on a tort de s'en servir.

Quand les maîtres de la science s'expriment avec tant d'inexactitude, il ne faut pas s'étonner que les tribunaux suivent l'exemple. On lit dans un arrêt de la cour de cassation que le droit de faire l'abandon consacré par l'article 802 est le même que celui de renoncer à la succession (3). La cour a reconnu son erreur en revenant sur sa jurisprudence (4). Il nous sera bien facile de prouver qu'il y a des différences essentielles entre l'abandon et la renonciation.

**115.** Si l'on avait plus de respect pour le texte, on se serait épargné ces longs débats. Le législateur a pris soin de déterminer les effets de l'abandon ainsi que les effets de la renonciation; nous n'avons donc qu'à ouvrir le code. Que dit l'article 802? Que l'héritier bénéficiaire peut se décharger du payement des dettes, en abandonnant tous les biens de la succession aux créanciers et légataires. Tel

(1) Toullier, t. II, 2, p. 228, n° 358. Duvergier combat cette opinion, p. 228, note *a*.

(2) Merlin, *Questions de droit*, au mot *Bénéfice d'inventaire*, § V, art. 4, n° 2.

(3) Arrêt de rejet de la chambre civile du 6 juin 1815 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 766).

(4) Belost-Jolimont sur Chabot, t. II, p. 190, note 3.

est le seul effet de l'abandon. La loi s'exprime tout autrement en parlant de la renonciation : « L'héritier qui renonce est censé n'avoir jamais été héritier » (art. 785); « la part du renonçant accroît à ses cohéritiers; s'il est seul, elle est dévolue au degré subséquent » (art. 786). Est-ce que la part de l'héritier qui fait l'abandon accroît aussi à ses cohéritiers? y a-t-il aussi lieu à la dévolution? Non, certes, puisque l'héritier reste héritier (1). Donc ce n'est pas une question de mots. L'héritier bénéficiaire restant héritier, il s'ensuit, comme le dit Pothier, que ce sont ses biens que les créanciers vendent; si donc il y a un reliquat, il lui appartient. Cela est admis par tout le monde (2) : preuve certaine que l'abandon n'est pas une renonciation.

L'héritier qui renonce n'est pas tenu au rapport : c'est un des avantages de la renonciation; il résulte de ce que le renonçant est censé n'avoir jamais été héritier. En est-il de même de celui qui a fait l'abandon? Pothier, tout en disant que l'héritier qui fait l'abandon ne conserve qu'un vain nom d'héritier, enseigne qu'il est tenu au rapport, conséquence évidente du principe qu'il reste héritier. Cette obligation est si considérable qu'il n'est certes pas exact de dire que l'héritier n'a plus qu'un vain titre : il en a les droits et les obligations, sauf qu'il n'est plus tenu au payement des dettes (3). Puisqu'il est héritier, il conserve son droit à la légitime, il peut agir en réduction contre les donataires; tandis que s'il renonce, il cesse d'être héritier et par suite il perd son droit à la réserve.

**116.** Il faut donc admettre comme principe certain que l'héritier bénéficiaire ne peut pas renoncer et que l'abandon n'est pas une renonciation. De là suit que le successible ne peut pas accepter sous bénéfice d'inventaire, en ajoutant qu'il se réserve la faculté de renoncer. Cette réserve est nulle, parce qu'elle est en contradiction avec l'acceptation de l'héritier : il ne peut pas accepter à temps

(1) Lyon, 13 avril 1837 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 772).
(2) Chabot, t. II, p. 188, n° 8 de l'article 802, et les autorités citées par Dalloz, au mot *Succession*, n° 771.
(3) Metz, 22 mai 1817 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 769).

ni sous condition. En faut-il conclure que le successible qui a ajouté cette réserve à son acceptation ne jouit pas du bénéfice d'inventaire? Il a été jugé que l'acceptation était valable, que la réserve seule était nulle (1). C'est, nous semble-t-il, une question d'intention. Si la réserve est une condition à laquelle le successible a entendu subordonner son acceptation, il faut dire que l'acceptation est nulle ; mais s'il a accepté purement et simplement, en ajoutant une réserve qui, dans sa pensée, ne rend pas l'acceptation conditionnelle, l'acceptation reste valable malgré la nullité de la réserve.

### N° 3. DROITS ET OBLIGATIONS DE L'HÉRITIER BÉNÉFICIAIRE.

#### I. *Principes généraux.*

**117.** L'article 802 dit que l'héritier bénéficiaire est *chargé* d'administrer les biens de la succession. C'est une obligation que la loi lui impose dans l'intérêt des créanciers et légataires. Est-ce à dire que ceux-ci puissent intervenir dans l'administration pour autoriser l'héritier à agir ou pour lui interdire un acte qui leur paraîtrait désavantageux? Non, certes ; car si l'administration est une charge, c'est en même temps un droit que l'héritier tient de sa qualité de propriétaire, et que la loi seule a le pouvoir de limiter. Nous dirons plus loin quelles sont les garanties qu'elle accorde aux créanciers et légataires ; ils n'en peuvent pas réclamer d'autres.

Que faut-il dire des créanciers de l'héritier? Peuvent-ils intervenir dans la gestion? Il a été jugé qu'ils ne peuvent pas interjeter appel d'un jugement rendu contre l'héritier bénéficiaire en cette qualité (2). La décision ne saurait être critiquée ; il n'en est pas de même des motifs. On lit dans l'arrêt de la cour de Paris, qu'il est de principe que les créanciers ne peuvent exercer les droits ni les actions exclusivement personnels à leur débiteur ; qu'ils ne peuvent

(1) Pau, 24 novembre 1837 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 765)
(2) Paris, 19 mars 1850 (Dalloz, 1851, 2, 226)

pas davantage exercer les droits et les actions attachés à une qualité qui lui est toute personnelle, telle que la qualité de gérant, parce que ces droits et actions naissent d'un mandat, mandat que le mandataire a seul capacité d'accomplir dans la mesure de ses pouvoirs ; et tel est, conclut la cour, le mandat de l'héritier bénéficiaire. Placée sur ce terrain, la question serait très-douteuse. Il est certain que l'article 1166 est hors de cause ; les droits exclusivement attachés à la personne qu'il défend aux créanciers d'exercer, sont des droits ayant un caractère moral, ainsi que nous le dirons au titre des *Obligations*. La théorie du mandat est également étrangère à la question. L'héritier est plus que mandataire, il est propriétaire, et quand il agit comme tel, ce qu'il fait intéresse ses créanciers, puisque les biens de la succession, après le payement des charges, deviendront leur gage. A ce titre, ils auraient donc intérêt et droit d'intervenir. Il nous semble que l'arrêt pose mal la question. L'acceptation bénéficiaire entraîne la séparation des patrimoines du défunt d'avec celui de l'héritier ; par suite les créanciers personnels de l'héritier n'ont aucun droit sur ces biens tant que les créanciers et légataires ne sont pas désintéressés. De là suit que lorsque l'héritier leur débiteur agit comme héritier bénéficiaire, il agit comme représentant d'un patrimoine distinct du sien, patrimoine qui n'est pas le gage de ses créanciers : de quel droit ceux-ci interviendraient-ils? Il ne s'agit ni de leur gage, ni par conséquent de leur débiteur. Telle est la fiction ; ils doivent l'accepter avec ses inconvénients, puisque d'un autre côté ils en profitent. Les créanciers du défunt auraient-ils le droit d'intervenir dans une action qui concerne le patrimoine de l'héritier? Non, certes. Par la même raison les créanciers de l'héritier doivent rester étrangers au patrimoine du défunt.

**118.** S'il y a plusieurs héritiers bénéficiaires, ils se partagent la succession, chacun administre sa part héréditaire, et chacun n'est responsable que de sa gestion. On a prétendu qu'il y avait entre eux solidarité ou indivisibilité, d'où résulterait une responsabilité collective. Voilà des mots dont on abuse singulièrement dans la pratique

et parfois dans la doctrine. Peut-il y avoir solidarité sans convention et sans loi? Et peut-il être question d'indivisibilité, en matière de succession, alors qu'elle se partage et que chaque héritier y a sa part héréditaire? Même pendant l'indivision, il n'y a aucune solidarité ni aucune indivisibilité. Dans l'espèce qui s'est présentée devant la cour de cassation, l'un des héritiers bénéficiaires devait administrer des biens situés dans les colonies; il envoya à ses cohéritiers, qui étaient sur les lieux, des pouvoirs pour gérer les biens; d'après la correspondance qu'il échangea avec eux, il devait croire que ce mandat était exécuté, tandis qu'il resta sans exécution. Les créanciers demandèrent qu'il fût déclaré déchu du bénéfice d'inventaire. Il fut jugé que l'héritier avait fait tout ce qu'il devait et pouvait faire pour sauvegarder les droits de la succession bénéficiaire, et que là où il n'y avait aucune faute, il n'y avait point de responsabilité (1).

**119**. L'administration divisée entre plusieurs héritiers bénéficiaires a tant d'inconvénients, qu'il arrive souvent que l'un d'eux est nommé seul administrateur par le tribunal. Ce procédé est-il légal? Nous en doutons. Les héritiers bénéficiaires sont les représentants du défunt, donc propriétaires. Il est vrai que la loi limite l'exercice de leurs droits dans l'intérêt des créanciers; mais en dehors de ces limites, ils sont libres d'administrer chacun leur part héréditaire; et nous ne voyons pas de quel droit le juge priverait les uns du droit d'administrer, ce qui serait en même temps les affranchir d'une obligation, pour donner ce droit et imposer cette obligation à l'un d'entre eux. Cela ne pourrait se faire régulièrement que par convention. En supposant que l'un des héritiers soit nommé administrateur judiciaire, on demande quels seront les droits de ses cohéritiers? Il a été jugé qu'ils pouvaient intervenir dans les procès concernant la succession, et qui auraient été intentés contre le gérant seul (2). S'il en est ainsi, quelles seront les limites de ses pouvoirs? Il faudra que le juge

(1) Arrêt de rejet du 11 juillet 1865 (Dalloz, 1865, 1, 469).
(2) Bordeaux, 9 mars 1841 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 814).

les détermine. Le jugement pourra-t-il être opposé aux tiers qui n'auront pas figuré dans l'instance? Nous posons des questions qu'il appartient au législateur seul de résoudre.

Quelles seront les obligations de l'administrateur judiciaire? Il doit gérer dans l'intérêt commun de tous ceux qui ont des droits sur la succession : c'est là sa mission. Il achète une créance contre l'hérédité pour une somme inférieure à sa valeur; peut-il s'approprier exclusivement le bénéfice de cette affaire? La cour de Paris a jugé qu'il était censé avoir agi comme mandataire de ses cohéritiers, et avoir fait une affaire commune à tous (1). Dans l'espèce, la succession était encore indivise; nous croyons que la décision aurait dû être la même s'il y avait eu partage. Le partage crée sans doute des intérêts divisés; mais en nommant un administrateur, on a précisément pour but d'unir les intérêts. Toutefois il y a des doutes pour les obligations comme pour les droits de l'héritier gérant. C'est une lacune que nous signalons plutôt qu'une doctrine que nous exposons.

**120.** Il est arrivé que l'héritier bénéficiaire et l'usufruitier général des biens se sont disputé l'administration de l'hérédité. A qui doit-elle être accordée? La même cour l'a confiée tantôt à l'héritier, tantôt à l'usufruitier (2). Il y a une question de droit dans l'espèce qui domine la question d'intérêt. L'usufruitier, sans doute, est intéressé à administrer une succession dont il a la jouissance. Mais la loi décide que l'administration appartient à l'héritier; or, l'usufruitier, alors même qu'il serait universel, n'est qu'un successeur à titre particulier; ne représentant pas le défunt, il n'a aucune qualité pour représenter la succession. Le législateur pourrait tenir compte de l'intérêt et appeler à l'administration l'usufruitier avec le nu propriétaire.

**121.** L'administration pourrait-elle être confiée à un étranger? Cela se fait; nous sommes étonné que la cour

(1) Paris, 10 mai 1850 (Dalloz, 1850, 2, 226).
(2) Paris, 25 juillet 1826 et 26 août 1816 (Dalloz, au mot *Succession*, nº 811).

de cassation ait approuvé ce procédé. Dans l'espèce, la cour d'appel avait reconnu les vrais principes : l'héritier bénéficiaire, dit-elle, est un véritable héritier, donc propriétaire de l'hérédité; l'administration des biens lui appartient de plein droit. Cela est décisif, nous semble-t-il. Qui donne au juge le pouvoir d'enlever au propriétaire la gestion de ses biens? Sans doute, il s'agit d'un propriétaire dont les droits sont limités, à qui la loi impose des obligations. Raison de plus pour que le juge ne puisse pas l'en décharger. Cependant la cour d'Angers décida en sens contraire. Que dit-elle pour justifier sa décision? C'est qu'à raison du nombre des héritiers et des circonstances particulières où ils se trouvaient, l'intérêt de tous exigeait que leurs droits et leurs pouvoirs fussent transportés à un tiers. Une pareille mesure, dit la cour de cassation, fondée sur l'utilité des parties intéressées, sur l'impossibilité de suivre la marche ordinaire, n'est pas prohibée par la loi (1). Les tribunaux ont-ils le droit de faire tout ce qui n'est pas prohibé par la loi? peuvent-ils modifier les droits des propriétaires? les obligations que la loi impose? Qui leur a confié un pouvoir aussi exorbitant?

**122.** Dans l'intérêt de qui l'héritier bénéficiaire administre-t-il? Il y a une théorie qui prétend que le bénéfice d'inventaire n'étant introduit que dans l'intérêt de l'héritier bénéficiaire, la loi a organisé l'administration dans son intérêt, et que si les créanciers en profitent, c'est indirectement (2). Sans doute le bénéfice d'inventaire est un avantage que la loi établit au profit de l'héritier, mais cet avantage implique des obligations, et on ne dira pas que des obligations soient imposées dans l'intérêt de celui qui doit les remplir. Telle est l'administration de l'héritier bénéficiaire. C'est une charge, dit l'article 803; ce qui suppose qu'elle est établie dans l'intérêt des créanciers et légataires; en effet, le même article ajoute que l'héritier doit rendre compte de son administration aux créanciers et légataires. Cependant il n'y a rien d'absolu en cette ma-

(1) Arrêt de rejet du 5 août 1846 (Dalloz, 1846, 4, 467). Il y a un arrêt dans le même sens de Douai du 13 août 1855 (Dalloz, 1856, 2, 92).
(2) Demolombe, t. XV, p. 272, n° 231.

tière; il est vrai aussi de dire que l'héritier administre dans son propre intérêt, car s'il y a un reliquat, il lui appartient. C'est sans doute pour cette raison que son administration est gratuite; la loi ne lui accorde aucune indemnité. Cela paraît assez rigoureux; mais il faut se rappeler que l'héritier peut se décharger de l'administration en abandonnant les biens aux créanciers. S'il les garde, c'est qu'il y a intérêt, c'est qu'il y aura un reliquat; et dans cette hypothèse, il a réellement géré son propre patrimoine, et à ce titre il ne peut certes pas réclamer d'indemnité (1).

**123** Aux termes de l'article 804, l'héritier bénéficiaire n'est tenu que des fautes graves dans l'administration dont il est chargé. En général, la faute grave est assimilée au dol. Ce n'est pas dans ce sens que l'article 804 emploie cette expression. Pothier, à qui les auteurs du code ont emprunté le principe, nous dira comment il faut l'entendre. « On exige, dit-il, de la bonne foi dans l'administration de l'héritier bénéficiaire; mais on n'exige pas de lui d'autre diligence que celle dont il est capable et qu'il a coutume d'apporter à ses propres affaires; c'est pourquoi il n'est tenu envers les créanciers que de la faute grossière. En cela, l'héritier bénéficiaire est différent des administrateurs du bien d'autrui; ceux-ci sont tenus de la faute légère; la raison est qu'ils ne doivent pas s'ingérer à l'administration du bien d'autrui, s'ils ne sont capables du soin et de la diligence nécessaires pour le bien administrer, au lieu que l'héritier bénéficiaire est administrateur de son propre bien; c'est pourquoi on ne doit pas exiger de lui d'autre diligence que celle dont il est capable (2). » Il y a une autre considération qui explique la différence que la loi met entre le tuteur et l'héritier bénéficiaire : le premier doit gérer avec les soins d'un bon père de famille (art. 450), ce qui implique la responsabilité de la faute légère; on ne peut pas dire du tuteur qu'il s'ingère dans l'administration du bien d'autrui, il remplit une charge obligatoire et très-

(1) Comparez Chabot, t. II, p. 195, note. Zachariæ, édition d'Aubry et Rau, t. IV, p. 353 et note 12.
(2) Pothier, *Des successions*, chap. III, sect. III, art. II, § IV.

onéreuse; pourquoi donc est-il tenu plus sévèrement que l'héritier bénéficiaire? C'est que celui-ci gère dans son propre intérêt, et cet intérêt est une garantie pour les créanciers. Ceci est une nouvelle preuve qu'il n'y a pas de théorie absolue en cette matière : si l'héritier administrait exclusivement dans son intérêt, on ne concevrait pas qu'il fût responsable de sa gestion : et s'il administrait dans l'intérêt exclusif des créanciers, il devrait être tenu de la faute légère : si la loi ne le déclare responsable que de la faute grave, c'est qu'il gère tout ensemble dans son intérêt et dans celui des créanciers (1).

L'application de ces principes donne lieu à une difficulté. D'après l'article 805, l'héritier bénéficiaire n'est tenu que de la dépréciation ou de la détérioration causée par sa *négligence*, lorsqu'il ne vend pas les meubles et qu'il les représente en nature. On demande si la *négligence* dont il répond implique une responsabilité plus étendue que celle de la faute grave. Si l'article 805 était isolé, il faudrait répondre affirmativement; mais il est impossible de séparer l'article 805 de l'article qui le précède immédiatement : l'article 804 pose le principe et l'article 805 l'applique; comprendrait-on qu'après avoir établi la règle que l'héritier bénéficiaire ne répond que de la faute grave, le législateur s'en écarte immédiatement en ce qui concerne les meubles, et sans qu'il y ait aucun motif qui justifie cette dérogation? Les articles d'application doivent être interprétés par la disposition qui établit la règle; l'article 805 doit donc être entendu dans le sens de l'article 804 (2).

**124.** On suppose que l'héritier bénéficiaire administre mal, il compromet les intérêts des créanciers : ceux-ci pourront-ils demander que l'administration lui soit enlevée pour être confiée à un gérant nommé par le tribunal, ou à un syndic de leur choix? M. Demolombe hésite; il finit cependant par se prononcer pour la déchéance de l'hé-

(1) Comparez Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, p. 428, n° 623; Zachariæ, édition d'Aubry et Rau, t. IV, p. 354.
(2) Zachariæ, édition d'Aubry et Rau, t. IV, p. 354 et note 17; Demolombe, t. XV, p. 275, n° 238.

ritier (1). Cette solution contraste singulièrement avec la théorie de l'auteur sur l'administration bénéficiaire : celle-ci appartient à l'héritier en sa qualité de successeur et de représentant du défunt : propriétaire et possesseur, c'est à lui à administrer; de quel droit le tribunal dessaisirait-il l'héritier saisi? Sans doute, il faut des garanties pour les créanciers et les légataires; la loi les détermine; le juge ne peut pas aller au delà sans se faire législateur; il n'y est déjà que trop porté; la doctrine doit se garder de l'y encourager, car on aboutirait à la confusion de pouvoirs et à l'arbitraire le plus illimité.

### II. *De l'obligation de donner caution.*

**125.** L'article 807 porte : « L'héritier bénéficiaire est tenu, si les créanciers ou autres personnes intéressées l'exigent, de donner caution bonne et solvable de la valeur du mobilier compris dans l'inventaire, et de la portion du prix des immeubles non déléguée aux créanciers hypothécaires. » Pourquoi l'héritier bénéficiaire doit-il caution, alors que la loi n'impose pas cette obligation à l'héritier pur et simple, quoique celui-ci soit traité moins favorablement? C'est précisément à raison de la faveur dont il jouit, que l'héritier bénéficiaire est tenu de fournir caution. Le bénéfice d'inventaire est une exception aux principes qui régissent la transmission de la succession; c'est une vraie anomalie. Il enlève aux créanciers l'action qu'ils ont de droit commun contre l'héritier, en ne leur laissant que le gage qu'ils avaient sur les biens du défunt. Ce gage pourrait leur être enlevé facilement, si l'héritier pouvait disposer des biens de l'hérédité comme il veut. La loi prescrit d'abord des formes dans lesquelles les meubles doivent être vendus. Ce n'est pas que l'héritier soit obligé de vendre les meubles, il peut les garder, et il répond, en ce cas, de la détérioration. Mais il pourrait aussi les vendre, ce qui anéantirait le droit des créanciers, la revendication n'étant pas admise contre les tiers possesseurs de bonne foi; d'ail-

(1) Demolombe, t. XV, p. 276, n° 239.

leurs les créanciers n'ont pas de droit réel ; il ne leur resterait donc que la chance de l'action paulienne, soumise à des conditions très-sévères. Voilà pourquoi la loi donne aux créanciers la garantie d'une caution. Quant aux immeubles, les créanciers hypothécaires en poursuivront régulièrement l'expropriation ; c'est l'excédant du prix qui seul pourrait être diverti ; la caution en garantit également la distribution aux créanciers chirographaires. Ceux-ci n'ont pas le droit de réclamer une caution de l'héritier pur et simple, parce que, en général, ils n'en ont pas besoin ; ils ont une garantie plus forte dans l'obligation que cet héritier contracte de payer les dettes *ultra vires* (1).

**126**. L'héritier bénéficiaire ne doit pas caution de plein droit, comme l'usufruitier (art. 601) ; il faut qu'elle soit exigée par les parties intéressées. S'il est solvable, cette garantie devient inutile. Mais qui sera juge de la nécessité d'un cautionnement? La loi s'en rapporte aux parties intéressées, c'est-à-dire aux créanciers et aux légataires ; elle leur donne le droit d'*exiger* une caution ; donc l'héritier doit la fournir dès qu'elle est exigée. Faut-il au moins que les créanciers et les légataires soient d'accord pour la demander? D'après le code civil, on pouvait le soutenir, puisque l'article 807 dit : *les* créanciers ; mais le code de procédure a levé tout doute à cet égard en disant : *le* créancier ou autre partie intéressée (art. 992). Nous aurions préféré le système du code. La demande d'une caution implique la crainte de l'insolvabilité, elle ébranle donc le crédit de l'héritier : pourquoi le mettre à la merci d'un seul créancier, alors que les autres témoignent par leur silence qu'il n'y a pas de danger sérieux (2)?

**127**. Le cautionnement n'assure, d'après l'article 807, que la valeur du mobilier et la portion du prix des immeubles qui n'est pas distribuée aux créanciers hypothécaires. Il n'a donc pas pour objet de garantir la bonne gestion de l'héritier ; le législateur aura pensé que l'intérêt de l'héritier à bien gérer est une garantie suffisante. En parlant

(1) Mourlon, *Répétitions*, t. II, p. 123.
(2) Chabot, t. II, p. 208, n° 3 ; Demolombe, t. XV, p. 278, n° 241.

du mobilier, la loi dit : « La valeur du mobilier *compris dans l'inventaire.* » On demande ce qu'il faut entendre par là? L'annotateur de Chabot répond que cela signifie que la caution répond du mobilier sur le pied de l'inventaire (1). Peut-être aussi la loi a-t-elle voulu dire que la caution ne répond que des meubles inventoriés. Il se peut que l'héritier n'ait pas inventorié tout le mobilier; la caution n'en sera pas responsable. Elle a intérêt à savoir d'une manière précise à quoi elle s'engage; l'inventaire le lui apprendra.

**128.** Le code de procédure détermine les formes qui doivent être suivies pour la demande et la réception de la caution; nous renvoyons au texte des articles 992-994. Comme la caution est exigée par la loi, il y a lieu d'appliquer les articles 2018, 2019 et 2040 qui concernent les cautions légales. Nous renvoyons au titre du *Cautionnement* les difficultés auxquelles ces dispositions donnent lieu.

**129.** « Faute par l'héritier bénéficiaire de fournir cette caution, les meubles sont vendus et leur prix est déposé, ainsi que la portion non déléguée du prix des immeubles, pour être employés à l'acquit des charges de la succession (art. 807). » Ainsi l'héritier ne perd pas l'administration, et bien moins encore le bénéfice d'inventaire. Le cautionnement a un but limité, c'est d'assurer le gage mobilier aux créanciers; si l'héritier ne trouve pas de caution, ou n'en veut pas fournir, la vente du mobilier et le dépôt du prix, ainsi que du reliquat des immeubles vendus, remplace avantageusement le cautionnement. Cependant ces questions si simples ont été portées devant les tribunaux. Il a été jugé, ce qui est clair comme le jour, que la loi ne prononce point la peine de déchéance. Mais la cour de cassation a décidé que l'administration pouvait être retirée à l'héritier lorsque sa fortune personnelle n'offrait aucune garantie. Dans l'espèce, il y avait des circonstances aggravantes : l'héritier s'était refusé depuis vingt ans à rendre compte de sa gestion, et il avait porté de la mauvaise foi

(1) Belost-Jolimont sur Chabot, t. II, p. 209, note 1.

dans son administration (1). Cela explique la décision en fait, mais ne la justifie pas en droit. Le code dit ce que les créanciers peuvent faire quand l'héritier ne donne pas caution ou ne rend pas ses comptes (art. 807 et 803); il n'appartient pas aux tribunaux de dépasser la loi. A plus forte raison le juge des référés ne peut-il dépouiller l'héritier bénéficiaire de son droit d'administration, faute par lui de fournir caution dans un délai déterminé; la juridiction des référés est exceptionnelle, et doit par conséquent être renfermée dans les limites légales (2).

III. *L'héritier représente-t-il les créanciers?*

**130.** Les opinions sont partagées sur le principe et sur les conséquences. Si l'on s'attache à la fiction des deux patrimoines, on peut dire que l'héritier bénéficiaire administre la succession comme mandataire des créanciers dont la succession est le gage; d'où suit que l'héritier serait le représentant des créanciers, leur mandataire en toutes choses. Mais à côté de la fiction il y a la réalité. Dans l'opinion contraire, on dit : Non, l'héritier bénéficiaire est avant tout héritier, c'est-à-dire le représentant du défunt, saisi comme tel, aussi bien que l'héritier pur et simple, de la propriété et de la possession des biens héréditaires ; étant propriétaire, il administre dans son propre intérêt; si son administration est soumise à certaines conditions dans l'intérêt des créanciers, c'est que l'héritier bénéficiaire jouit du privilége exceptionnel de n'être tenu des dettes que jusqu'à concurrence de la valeur des biens qu'il recueille ; c'est pour la conservation de ce privilége, donc dans son intérêt à lui, qu'il doit observer certaines formes. On en conclut que l'héritier ne représente pas les créanciers (3).

Chacune de ces opinions est vraie en un sens, mais elles

(1) Riom, 30 décembre 1821. Arrêt de rejet du 6 mars 1821 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 885).
(2) Lyon, 26 janvier 1871 (Dalloz, 1871, 2, 45).
(3) Demolombe, t. XV, p. 261, n° 228 et les autorités qu'il cite. Comparez ce que nous avons dit plus haut, n° 122.

sont fausses l'une et l'autre, parce qu'elles ne tiennent pas compte de ce qu'il y a de vrai dans l'opinion contraire. Quand le législateur établit une fiction, il faut lui faire sa place à côté de la réalité, mais sans la pousser à bout, comme on ferait d'un principe vrai dont on déduit les conséquences; la logique, dans le domaine des fictions, conduit nécessairement à l'absurde, car il y a quelque chose d'absurde dans la fiction même, puisqu'elle est contraire à la réalité. D'autre part, les partisans de la réalité ont tort d'écarter la fiction, en poussant dans ses dernières conséquences un principe vrai en lui-même, mais que la fiction vient modifier. La grande difficulté, en ces matières, est de faire sa part à la fiction, en la maintenant dans les limites de la loi, ce qui permet de faire aussi sa part à la réalité.

Ceux qui nient que l'héritier bénéficiaire représente les créanciers, et prétendent qu'il agit toujours dans son propre intérêt (1), oublient qu'il administre un patrimoine qui est censé être le gage exclusif des créanciers du défunt; de là la *charge* d'administrer qui lui est imposée par l'article 803; toute obligation suppose un créancier; dans l'intérêt de qui cette *charge* est-elle établie? Dans l'intérêt des créanciers et légataires (n° 122). Cela est si vrai que l'héritier peut leur abandonner les biens, et avec les biens leur administration : si l'héritier n'administrait que dans son intérêt, concevrait-on qu'il pût abandonner la gestion aux créanciers, c'est-à-dire les charger d'administrer pour lui? C'est donc pour les créanciers que l'héritier administre; en ce sens, la charge est un mandat, partant il est mandataire.

Mais c'est un mandat tout particulier. Ceux qui considèrent l'héritier comme mandataire en toutes choses oublient que ce mandataire est propriétaire; est-il possible que le propriétaire administre exclusivement dans l'intérêt des créanciers? Pourquoi l'article 804 dit-il que l'héritier n'est tenu que des fautes graves dans l'administration

(1) Un arrêt de Liége, du 10 juillet 1844, décide que l'héritier bénéficiaire n'est pas le mandataire légal des créanciers, qu'il est le représentant de l'hoirie (*Pasicrisie*, 1853, 2, 214).

dont il est chargé? Nous l'avons dit, c'est parce qu'il administre sa propre chose (n° 123). Inutile d'insister. Par cela seul que l'héritier est propriétaire, on ne peut le mettre sur la même ligne que l'administrateur des biens d'autrui.

En définitive, l'héritier réunit dans sa personne deux qualités, dont l'une semble exclure l'autre: il est propriétaire et il est aussi administrateur. Comme administrateur, il agit dans l'intérêt des créanciers; donc il les représente, et en ce sens il est leur mandataire. Comme propriétaire, il agit dans son propre intérêt, il est le représentant du défunt, il n'est pas le représentant des créanciers. Puisqu'il a deux qualités, il faut tenir compte de l'une et de l'autre. C'est ce que nous allons essayer de faire.

**131**. L'héritier bénéficiaire s'oblige pour les besoins de son administration : sera-t-il tenu personnellement, c'est-à-dire sur ses propres biens? Il a été jugé que l'héritier n'est pas personnellement obligé quand il plaide au nom de la succession. Cependant il a le droit de plaider comme représentant du défunt; et en chargeant un avoué d'occuper pour lui, il semble contracter une obligation personnelle : pourquoi donc la cour de Montpellier a-t-elle jugé qu'il n'est tenu des frais de l'instance que sur les biens de la succession (1)? C'est qu'il agit comme administrateur d'un patrimoine qui par fiction est séparé du sien; ce patrimoine est censé appartenir aux créanciers dont il est le gage; c'est donc comme mandataire qu'il plaide; or, le mandataire oblige le mandant. Dans l'espèce, ce sont les créanciers de la succession qui supportent les frais, et ils en sont tenus sur les biens héréditaires. Si l'on poussait la fiction à bout, il faudrait même dire qu'ils en sont tenus personnellement comme mandants. Nous ne croyons pas que l'on puisse aller jusque-là : le mandat est une fiction comme la séparation des deux patrimoines; il doit donc être limité aux intérêts de la succession, c'est la succession qui est censée plaider, c'est elle qui paye les frais.

**132**. Tout le monde admet que l'héritier bénéficiaire peut plaider, et qu'en plaidant il représente la succession.

(1) Montpellier, 17 juin 1867 (Dalloz, 1868, 5, 382).

Mais il faut insister sur la vraie raison de décider et sur les conséquences qui en découlent. M. Demolombe nie que l'héritier soit le représentant des créanciers; il reconnaît néanmoins que l'héritier bénéficiaire peut intenter toute espèce d'actions et y défendre : le motif, dit-il, est aussi simple que péremptoire, c'est que l'article 813 accorde ce droit au curateur d'une succession vacante; à plus forte raison doit-il appartenir à l'héritier. M. Demolombe en conclut que l'héritier bénéficiaire représente, en ces occasions, les créanciers de la succession (1). Voilà donc l'héritier reconnu mandataire par ceux-là mêmes qui rejettent la théorie du mandat. La cour de cassation donne un autre motif qui est également vrai : les héritiers bénéficiaires sont héritiers tout comme les héritiers purs et simples, donc ils représentent le défunt, et en cette qualité ils peuvent exercer les droits et actions du défunt qui leur appartiennent en vertu de la transmission de l'hérédité (art. 724) (2). L'une et l'autre de ces raisons sont vraies. Donc l'héritier qui plaide agit tout ensemble comme propriétaire et comme mandataire. S'il n'agissait qu'en qualité de propriétaire, de représentant du défunt, il n'aurait aucun droit de représenter les créanciers; cependant M. Demolombe enseigne que ce qui est jugé pour lui ou contre lui est par cela même jugé pour les créanciers ou contre eux. Donc il les représente en justice, il est leur mandataire. Cela est-il vrai d'une manière absolue? Il faut laisser la vérité absolue de côté en cette matière. La cour de cassation décide aussi que l'héritier représente les créanciers, mais elle y met des restrictions. « Lorsque, dit-elle, des individus se prétendant créanciers d'une succession bénéficiaire ont gardé le silence sur leurs prétentions, et n'ont point agi par action distincte pour faire valoir personnellement leurs droits, ils sont réputés avoir été représentés par l'héritier bénéficiaire qui a esté en justice dans l'intérêt général de la succession (3). » Cela implique

(1) Demolombe, t. XV, p. 290, n° 262.
(2) Arrêt de rejet du 12 pluviôse an x (Dalloz, au mot *Succession*, n° 817).
(3) Arrêt de rejet de la chambre civile du 1er août 1849 (Dalloz, 1849, 1, 287

que les créanciers ne sont pas représentés d'une manière absolue par l'héritier bénéficiaire; ils ne lui ont pas donné mandat, et la loi s'est bien gardée de lui confier un mandat pareil; les intérêts de l'héritier ne peuvent-ils pas être en opposition avec les intérêts des créanciers?

**133.** Comment les créanciers feront-ils valoir leurs intérêts? Tout le monde convient qu'ils peuvent intervenir dans l'instance. Si la demande est formée contre la succession, l'héritier pourrait perdre une valeur héréditaire par sa mauvaise défense et priver les créanciers d'une partie de leur gage par sa négligence. Il y a un motif analogue quand c'est l'héritier qui intente la demande; dès que l'avoir de la succession est en cause, les créanciers ont droit et intérêt d'intervenir (1).

Les créanciers ont-ils aussi le droit de former tierce opposition? Si l'on s'en tient au principe du mandat, il faut dire que les créanciers étant représentés par l'héritier, ce qui est jugé contre leur mandataire est jugé contre eux. On invoque encore l'équité en faveur de cette opinion, ainsi que la force des choses. Les créanciers profitent des jugements rendus en faveur de l'héritier, il est juste qu'ils subissent aussi les jugements rendus contre lui; s'il en était autrement, les tiers qui auraient une demande à former devraient mettre en cause tous les créanciers du défunt; et s'ils ne les connaissent point(2)? La jurisprudence n'a pas consacré cette théorie absolue, et avec raison. En effet, l'héritier bénéficiaire est un personnage complexe; il représente les créanciers en ce sens que, agissant dans l'intérêt de l'hérédité, il agit nécessairement dans l'intérêt des créanciers. Mais les intérêts sont si variés! L'héritier ne peut-il pas avoir un intérêt contraire à celui de tel créancier? ou du moins le créancier ne peut-il pas avoir un intérêt particulier, intérêt que l'héritier ignore peut-être, intérêt qu'en tout cas il n'est pas tenu de représenter? Ces intérêts contraires expliquent les arrêts rendus par la cour de cassation : tantôt elle juge que la tierce opposition n'est

(1) Chabot, t. II, p. 193, n° 2 de l'article 803.
(2) Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, p. 427, n° 624.

pas recevable, et telle est certainement la règle ; tantôt elle admet la tierce opposition, et l'exception s'explique par les circonstances particulières de la cause. Un légataire obtint contre l'héritier condamnation en payement de son legs. Un autre légataire, ayant des droits égaux au premier, forma tierce opposition au jugement; son intérêt était évident, car le jugement obtenu par le premier légataire aurait à peu près épuisé les valeurs affectées au payement des legs. Peu importait à l'héritier, mais cela importait beaucoup au légataire; il devait avoir la tierce opposition pour sauvegarder des intérêts dont l'héritier n'était pas le représentant. Il en serait de même si le débat s'agitait entre les créanciers réclamant ou contestant un droit de préférence. Cela est indifférent au sort de l'hérédité, indifférent par conséquent à l'héritier; donc il ne représente pas les créanciers, ce qui permet à ceux-ci de former tierce opposition (1).

**131.** Que faut-il décider quand il y a plusieurs héritiers bénéficiaires? Il a été jugé que tous ont un pouvoir égal de procéder en justice, qu'ils doivent par conséquent agir de concert; de là l'arrêt conclut que les actions des créanciers de la succession doivent être dirigées contre tous et non contre un seul d'entre eux, tant en son nom qu'en celui de ses cohéritiers. La décision, à notre avis, est un mélange d'erreur et de vérité; l'erreur vient de ce que la cour a appliqué l'argumentation logique dans le domaine d'une fiction. On lit dans l'arrêt que la succession bénéficiaire constitue un être moral. Cela n'est dit nulle part, et quand on le dit, c'est par comparaison, en considérant les deux patrimoines que l'héritier détient comme séparés, à ce point que l'héritier est une autre personne lorsqu'il agit comme créancier que lorsqu'il agit comme héritier bénéficiaire; si l'on pouvait procéder logiquement en matière de fiction, on devrait dire avec la cour de Poitiers que le patrimoine du défunt représente le défunt et forme un être moral distinct du patrimoine de l'héritier.

(1) Fouët de Conflans, *Jurisprudence sur les successions*, art. 803, n^os^ 3 et 4. Belost-Jolimont sur Chabot, t. II, p. 197, note 1. Comparez Duranton, t. VII, p. 110, n° 39.

Mais gardons-nous de la logique en matière de fictions! Voici ce que la cour en conclut : qu'il ne s'opère pas de division des dettes entre les héritiers bénéficiaires, que c'est la succession qui est débitrice, et que c'est elle qui sert de gage aux créanciers; de là suit que les cohéritiers bénéficiaires ne sont que des gérants, et que s'il y a des demandes à former, l'action doit être intentée par tous, de même qu'elle doit être formée contre tous. La décision de la cour est à l'abri de la critique : elle a jugé qu'un seul des héritiers n'a aucune qualité pour représenter la succession, que tous doivent figurer dans l'instance. Aussi le pourvoi a-t-il été rejeté, mais la cour de cassation s'est bornée à confirmer la décision; elle s'est bien gardée d'approuver les motifs (1). Non, la succession bénéficiaire n'est pas une personne morale; la loi ne le dit pas, et il n'y avait aucune nécessité de créer une personne fictive, puisque l'héritier représente le défunt : pourquoi à côté de ce vrai représentant y aurait-il un représentant fictif? Il n'est pas exact de dire que les dettes ne se divisent pas, nous croyons avoir prouvé le contraire (n° 93). Et si les dettes se divisent, les actions se divisent également; chaque héritier ne peut donc agir que pour sa part héréditaire, et les créanciers ne peuvent poursuivre chaque héritier que pour cette part. Cela n'empêche pas une action collective, mais l'action n'est formée que divisément, tout comme s'il s'agissait d'héritiers purs et simples.

### IV. *Droits des créanciers.*

**135.** Du principe que l'héritier bénéficiaire représente les créanciers, et qu'il est en un certain sens leur mandataire, faut-il conclure que les créanciers de la succession ne peuvent plus exercer les droits qui appartiennent à tout créancier? On l'a prétendu, mais cette opinion n'a point trouvé faveur. Le principe même d'où l'on part n'a point de caractère absolu : l'héritier ne représente les créanciers

(1) Poitiers, 22 mai 1856 (Dalloz, 1856, 2, 191) et rejet de la chambre civile du 16 février 1858 (Dalloz, 1858, 1, 128)

que dans la limite de l'intérêt commun de la succession ; dès que les créanciers ont des droits individuels à faire valoir, ils peuvent agir pour sauvegarder leur intérêt particulier, lequel n'est pas toujours celui de l'hérédité. On s'est prévalu de l'article 2146 pour en induire que la succession bénéficiaire est en état de faillite, et que par suite la liquidation en est confiée à ceux qui la représentent, c'est-à-dire à l'héritier bénéficiaire. L'article 2146 ne dit pas cela, il empêche seulement l'un des créanciers d'acquérir un droit de préférence au préjudice des autres ; encore cette disposition est-elle contraire aux principes, comme nous le dirons en expliquant notre loi hypothécaire qui ne l'a pas reproduite. Il faut donc écarter toute assimilation de la succession bénéficiaire et de la faillite (1), et s'en tenir aux principes du code civil, tels que nous venons de les exposer. Les principes étant controversés, il est naturel que l'application le soit aussi. Toutefois la doctrine et la jurisprudence se rapprochent de l'opinion que nous avons enseignée. Les créanciers ont des droits en cette qualité sur les biens de leur débiteur : les perdent-ils lorsque le débiteur vient à mourir? Si la succession est acceptée purement et simplement, ils ont contre l'héritier absolument les mêmes droits qu'ils avaient contre le défunt, puisque le défunt et l'héritier ne forment qu'une seule et même personne. Si la succession est acceptée sous bénéfice d'inventaire, les créanciers, par la fiction de la loi, conservent leur gage sur l'hérédité considérée comme patrimoine distinct du patrimoine de l'héritier ; les biens du défunt continuant à être leur gage, ils doivent avoir sur ces biens les mêmes droits qu'ils avaient contre leur débiteur. Reste à savoir si l'acceptation bénéficiaire apporte un obstacle à l'exercice de ces droits.

**132.** Les créanciers ont-ils le droit de saisir les biens de la succession pour les faire vendre? C'est un droit qui appartient à tout créancier ; il faudrait une disposition formelle pour enlever aux créanciers de la succession béné-

(1) Aubry et Rau sur Zachariæ, t. IV, p. 364, note 44. Demolombe, t. XV, p. 263, n° 228. Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, p. 427, n° 622.

ficiaire une faculté qui est de droit commun (1). Cette disposition existe-t-elle au titre des *Successions?* On cite les articles 805 et 806 qui prescrivent les formes dans lesquelles l'héritier bénéficiaire doit vendre les meubles et les immeubles. Si, dit-on, l'héritier doit vendre les biens de l'hérédité pour distribuer le prix aux créanciers, le droit d'expropriation des créanciers ne devient-il pas inutile? à quoi bon exproprier des biens qui seront vendus? La question est mal posée; il n'est pas dit dans les articles 805 et 806 que l'héritier bénéficiaire doive vendre les biens; l'article 805 dit même le contraire, car il suppose que l'héritier ne vend pas les meubles, qu'il les représente en nature. Ce n'est donc pas une obligation pour l'héritier bénéficiaire de vendre, c'est un droit. Nous arrivons à cette conclusion qui implique un conflit : les créanciers ont le droit de vendre et l'héritier a le droit de vendre. Est-ce que le droit des créanciers l'emporte sur celui de l'héritier, ou le droit de l'héritier l'emporte-t-il sur celui des créanciers? Le législateur aurait dû décider la question, et s'il l'avait fait, il aurait certainement prescrit à l'héritier de vendre, en excluant l'expropriation forcée, sauf à donner aux créanciers toutes les garanties nécessaires; car la vente faite par l'héritier bénéficiaire est moins frayeuse, donc plus profitable aux créanciers que l'expropriation forcée. Mais le législateur a laissé les deux droits en présence sans se prononcer. Que faire? Il y a une maxime qui dit que l'intérêt est la mesure des actions. Les créanciers ont le droit d'agir, mais y ont-ils intérêt quand l'héritier bénéficiaire agit lui-même? S'il vend, pourquoi les créanciers viendraient-ils entraver la vente par une saisie et une expropriation? Loin d'y avoir intérêt, ils sont intéressés à laisser vendre (2). Il en serait autrement si l'héritier bénéficiaire négligeait d'agir; les créanciers seraient alors intéressés à provoquer la vente, et l'héritier ne pourrait pas s'y opposer, puisque le droit des créanciers ne saurait être contesté. De cette manière,

(1) Arrêt de rejet du 29 octobre 1807 (Dalloz, au mot *Compétence des tribunaux d'arrondissement*, n° 93, 1°).

(2) Grenoble, 30 juillet 1814 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 862).

on concilie le droit des créanciers avec celui de l'héritier, et tous les intérêts sont sauvegardés.

Il y a en ce sens un arrêt de la cour de Paris qui est parfaitement motivé. Les créanciers, dit-elle, ont le droit incontestable de procéder, par voie de saisie, sur les biens du défunt; il n'est pas moins certain que la loi constitue l'héritier bénéficiaire administrateur des biens de la succession, et le charge en conséquence de toutes les opérations que la liquidation peut exiger. Il ne s'agit pas de mettre en contradiction ces droits respectifs, et de les rendre inutiles l'un par l'autre, mais de les concilier. Or, le moyen de conciliation indiqué par la raison, et déjà adopté par l'ancienne jurisprudence, est de laisser l'héritier bénéficiaire, tant qu'il ne mésuse pas, pleinement libre dans son administration, sans souffrir qu'elle soit troublée ou paralysée par les poursuites intempestives des créanciers. L'arrêt conclut que c'est à l'héritier à poursuivre la vente du mobilier, et que, hors le cas de négligence ou de malversation, les créanciers ne doivent pas être admis à procéder par la voie de la saisie-exécution. Il en est de même de la vente des immeubles. La cour prouve ensuite que cette interprétation de la loi, loin de nuire aux créanciers, leur est favorable. D'après la législation belge, cela est de toute évidence. Les meilleurs auteurs se prononcent pour cette opinion (1).

Il y a des avis contraires, et ils ont trouvé de l'appui dans la jurisprudence. Rien n'est plus facile que de combattre la doctrine que nous venons d'exposer, quand on se place au point de vue exclusif du droit des créanciers : ils ont le droit de saisir, dit-on, et aucune disposition du code ne subordonne leur droit aux diligences de l'héritier (2). Mais l'héritier bénéficiaire peut tenir le même langage. Comme le dit très-bien la cour de Paris, l'héritier a charge

(1) C'est l'opinion de Zachariæ, édition d'Aubry et Rau, t. IV, p. 364 et note 45. Comparez Demolombe, p. 267, n° 229. Il y a des arrêts en ce sens : Paris, 20 septembre 1821, confirmé par un arrêt de rejet (Dalloz, au mot *Succession*, n° 860, 1°); arrêt de rejet du 23 juillet 1833 (Dalloz, *ibid.*, n° 860, 2°).

(2) Ce sont les expressions d'un arrêt de Limoges du 29 avril 1869 (Dalloz, 1869, 1, 214). Comparez Duranton, t. VII, p. 108, n° 38.

d'administrer. Qu'est-ce à dire? S'agit-il d'une administration comme celle du tuteur ou du mari? Du tout; l'héritier administre pour liquider une succession qui, d'après toutes les probabilités, est insolvable. Il doit donc vendre pour payer ensuite les créanciers et les légataires; et il importe qu'il vende en faisant le moins de frais possible; c'est ce qui se fait en observant les formes prescrites par la loi du 12 juin 1816. Voilà la marche régulière, c'est certes la marche rationnelle tout ensemble et juridique. Si, au lieu de concilier le droit des créanciers et celui de l'héritier, on les maintient l'un et l'autre, et si on les pousse dans leurs dernières conséquences, on organise l'anarchie; l'héritier et les créanciers vendront un seul et même immeuble dans des formes différentes; donc des frais frustratoires, et au bout une impossibilité juridique; car s'il y a plusieurs personnes ayant le droit de vendre, il ne peut cependant y avoir qu'un seul acheteur.

**137**. De nouvelles difficultés se présentent pour la saisie-arrêt; les créanciers peuvent-ils saisir-arrêter les valeurs appartenant à la succession? La jurisprudence et la doctrine sont divisées (1). On peut dire de la saisie-arrêt ce que l'on dit de la saisie-exécution et de la saisie immobilière : le droit des créanciers est incontestable. Mais il ne faut pas oublier qu'il y a un héritier bénéficiaire qui a aussi des droits, et des droits qui sont des obligations. Les éditeurs de Zachariæ font une remarque très-juste : c'est qu'il y a une grande différence entre la saisie-arrêt et la saisie mobilière ou immobilière. Il s'agit des créances de la succession; qui a le droit, qui a l'obligation de les recouvrer? sont-ce les créanciers ou est-ce l'heritier? L'article 803 répond à la question : l'héritier bénéficiaire est *chargé* d'administrer les biens de la succession. Voilà un texte formel qui impose à l'héritier l'obligation de recouvrer les créances; ce qui pour les administrateurs ordinaires est un droit devient pour lui une charge; car, nous le répétons, son administration est évidemment une

(1) Voyez les autorités citées par Zachariæ, t. IV, p. 365, note 47, et en sens contraire par Demolombe, t. XV, p. 266, n° 228. Comparez Dalloz, au mot *Succession*, n$^{os}$ 819 et suiv.

liquidation. Or, conçoit-on que la loi charge l'héritier du recouvrement des créances, et qu'elle donne en même temps aux créanciers le droit de les saisir? Ce serait de nouveau l'anarchie. Ajoutons que ce serait souvent mettre l'héritier dans l'impossibilité d'administrer; on n'administre pas sans dépenser; s'il n'y a pas d'argent comptant dans la masse héréditaire et si les créanciers se mettent à saisir les créances de la succession, que fera l'héritier? On le réduira à l'impuissance, alors que la loi veut qu'il administre. Mais l'héritier aussi a son droit; n'est-il pas le représentant du défunt? Comme tel, les créances lui appartiennent, sauf à en rendre compte aux créanciers. Il y a donc encore une fois des droits et des intérêts en conflit. Le moyen de les concilier est le même. Qu'on laisse administrer l'héritier : c'est sa charge. Administre-t-il mal, ne présente-t-il aucune garantie de solvabilité? Les créanciers peuvent demander caution. Ne poursuit-il pas les débiteurs, ne recouvre-t-il pas les créances? Rien n'empêchera les créanciers de faire des saisies-arrêts. Leur droit ne s'arrête que devant l'obligation imposée à l'héritier; s'il ne la remplit pas, ils rentrent dans la plénitude de leur droit (1).

Il y a des arrêts en sens contraire de la cour de cassation; ils invoquent le droit commun que personne ne conteste. La question est de savoir si le droit commun reçoit son application, alors qu'il y a un administrateur chargé par la loi de recouvrer les créances que les créanciers veulent saisir. C'est donc aux principes qui régissent la succession bénéficiaire qu'il faut recourir. On cite l'article 808 qui donne aux créanciers le droit de former opposition; ils peuvent donc, dit-on, former opposition entre les mains des tiers débiteurs, car la loi ne distingue pas (2). Nous dirons plus loin quel est ce droit d'opposition. Il ne s'agit point de saisir-arrêter les créances de l'hérédité; il s'agit d'empêcher l'héritier de payer les créanciers et légataires,

(1) Paris, 13 août 1834 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 860, 1°) et 27 juin 1820 (*ibid.*, n° 819, 1°). Riom, 24 août 1837 (Dalloz, *ibid.*).

(2) Deux arrêts de rejet du 9 mai 1849 (Dalloz, 1849, 1, 154 et 156). Comparez Rennes, 28 mai 1845 (Dalloz, 1845, 4, 490).

sinon dans l'ordre et de la manière réglés par le juge : ce sont les termes de l'article 808. Ce droit d'opposition n'entrave pas l'administration de l'héritier, tandis que le droit illimité de saisie-arrêt peut la rendre impossible.

**138.** Les créanciers peuvent-ils demander à être subrogés aux droits de l'héritier bénéficiaire, en ce sens qu'ils soient autorisés, en cas de négligence de sa part, à continuer la poursuite? On suppose que l'héritier bénéficiaire se fait autoriser par justice à vendre; puis il reste dans l'inaction. Les créanciers ont intérêt à lui être subrogés, surtout d'après la législation belge. En effet, la vente faite par l'héritier bénéficiaire est soumise à des formalités très-simples : elle se fait par le ministère d'un notaire et par-devant le juge de paix; tandis que si les créanciers agissent de leur chef, ils doivent suivre les formalités longues et dispendieuses de la saisie et de la vente faite en justice. Reste à savoir si les créanciers peuvent se faire subroger aux droits de l'héritier. Aux termes de l'article 1166, les créanciers peuvent exercer tous les droits de leur débiteur. La difficulté est de savoir si l'héritier bénéficiaire est le débiteur personnel des créanciers du défunt. On le nie, et par suite on leur refuse le droit d'agir au nom de l'héritier (1). Dans l'opinion que nous avons enseignée (n° 90), l'héritier est débiteur personnel aussi bien que l'héritier pur et simple; l'un et l'autre sont saisis de la propriété et de la possession des biens du défunt, à l'un et à l'autre on peut donc appliquer l'article 724, d'après lequel l'héritier est saisi sous l'obligation d'acquitter les dettes et charges de la succession. Vainement objecte-t-on que l'héritier n'est pas tenu des dettes sur ses biens personnels; les créanciers ne demandent pas à agir sur les biens personnels de l'héritier, ils veulent poursuivre la vente d'un bien qui est leur gage; or, l'héritier n'est-il pas tenu de payer les dettes jusqu'à concurrence des biens qu'il recueille (art. 802)? Il est donc tenu sur les biens du défunt, en ce sens il est le débiteur des créanciers héréditaires,

(1) Aubry et Rau sur Zachariæ, t. IV, p. 365, note 46. En sens contraire, Demolombe, t. XV, p. 269, n° 230. Comparez arrêt de rejet du 3 décembre 1834 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 861).

et par conséquent ceux-ci peuvent invoquer l'article 1166.

**139**. Les créanciers peuvent-ils saisir les rentes sur l'Etat? Des lois spéciales ont déclaré les rentes sur l'Etat insaisissables (1), et elles ne font pas exception à cette règle dans le cas où une succession est acceptée sous bénéfice d'inventaire (2). Est-ce à dire que les créanciers ne peuvent pas exiger que l'héritier leur rende compte du montant de ces rentes ainsi que des intérêts qu'il a touchés? Il est certain que les créanciers ont ce droit. L'héritier bénéficiaire doit compte aux créanciers de l'actif héréditaire, donc aussi des rentes qui font partie de l'actif. Ainsi l'héritier est tenu de vendre les rentes au cours du jour, ou s'il veut les conserver, de les porter au chapitre des recettes pour la valeur qu'elles ont au moment où il rend son compte. La jurisprudence est en ce sens, et l'on s'étonne que la question ait été portée à plusieurs reprises devant les tribunaux (3).

**140**. Le code ne parle pas des créanciers de l'héritier: peuvent-ils saisir les biens de la succession et se faire payer sur le prix? Il a été jugé que les créanciers personnels de l'héritier peuvent faire vendre les biens du défunt, sauf aux créanciers de la succession à se présenter à l'ordre pour être payés de préférence. La cour de Limoges s'est placée à un point de vue exclusif, celui des droits de l'héritier bénéficiaire. Il est héritier, donc propriétaire; les biens de l'hérédité étant dans son domaine, il n'y a aucune raison pour que les créanciers personnels ne puissent les saisir (4). La cour oublie la fiction sur laquelle repose le bénéfice d'inventaire. Il y a séparation du patrimoine du défunt d'avec le patrimoine de l'héritier, celui-ci a donc deux patrimoines, qui chacun sont le gage de créanciers différents. Les créanciers du défunt n'ont jamais d'action sur les biens de l'héritier, quoique, en un certain sens, l'héritier soit leur débiteur, mais il n'est leur débiteur que

(1) Lois du 8 nivôse an VI, art. 4, et du 22 floréal an VII, art. 7.
(2) Paris, 14 avril 1849 (Dalloz, 1849, 2, 190).
(3) Paris, 22 novembre 1855 et 13 juin 1856 (Dalloz, 1856, 2, 269; 1857, 2, 194).
(4) Limoges, 15 avril 1831 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 869). Comparez Demolombe, t. XV, p. 217, nos 180 et suiv. Zachariæ, t. IV, p. 366.

sur les biens de la succession. De même les créanciers personnels de l'héritier ont pour gage tous ses biens, mais parmi ces biens ne se trouvent pas ceux que l'héritier a recueillis dans la succession ; en ce qui concerne les droits des créanciers, il n'en est qu'administrateur; donc ses créanciers ne peuvent pas saisir les biens de l'hérédité. Ces biens ne sont pas leur gage ; ils ne le deviennent que lorsque les créanciers du défunt sont désintéressés. Vainement dit-on que la saisie au nom des créanciers de l'héritier ne cause aucun préjudice aux créanciers de la succession, puisque ceux-ci ont un droit de préférence. Notre réponse est dans le texte du code. La loi n'a pas organisé une administration collective, comprenant tout ensemble les créanciers du défunt et les créanciers de l'héritier; et si elle ne l'a pas fait, c'est que le plus souvent les successions bénéficiaires sont en déconfiture, de sorte que l'intervention des créanciers de l'héritier serait inutile et occasionnerait des frais frustratoires. On objecte que, s'il n'y a point de créanciers héréditaires, les créanciers de l'héritier doivent avoir le droit de saisir les biens de l'hérédité. Nous répondrons à l'objection quand on nous aura montré une succession acceptée sous bénéfice d'inventaire alors qu'il n'y aurait pas un seul créancier. Que si le cas se présentait pour une succession échue à un mineur, il n'y aurait pas de conflit et partant pas de question.

V. *Étendue du pouvoir d'administration.*

**141**. L'administration de l'héritier bénéficiaire a un caractère tout à fait spécial : c'est une liquidation plutôt qu'une administration. C'est donc à tort qu'on la compare à celle du tuteur ; le tuteur n'a pas pour mission de vendre les biens de son pupille, il doit les conserver, au contraire, et les augmenter; tandis que l'héritier bénéficiaire est chargé de payer les créanciers et les légataires; c'est en vue de cette liquidation qu'il doit réaliser l'avoir de la succession. On a encore comparé l'héritier bénéficiaire aux envoyés en possession des biens d'un absent. Cette

comparaison n'est pas plus juste que la première; les envoyés sont plus qu'administrateurs, ils ont droit aux fruits dans une certaine proportion; et après l'envoi définitif, on leur permet même d'aliéner les biens de l'absent. L'héritier bénéficiaire n'a pas la jouissance, et il ne peut pas aliéner, sinon en observant les conditions et les formes prescrites par la loi (1). Le code établit une analogie entre l'héritier bénéficiaire et le curateur d'une succession vacante; d'après l'article 814, les dispositions sur le mode d'administration de l'héritier bénéficiaire sont communes aux curateurs à successions vacantes. Les différences toutefois sont grandes, comme nous le dirons plus loin; elles tiennent à un caractère qui distingue l'héritier bénéficiaire de tous ceux qui administrent le patrimoine d'autrui : l'héritier est propriétaire tout ensemble et administrateur. Sous ce rapport il ressemble au mineur émancipé et à la femme séparée de biens; mais ici encore l'analogie n'est qu'apparente; le mineur et la femme mariée administrent dans leur propre intérêt; l'héritier bénéficiaire administre dans l'intérêt des créanciers. Laissons donc là ces prétendues analogies; elles ne pourraient que nous induire en erreur. C'est dans l'institution du bénéfice d'inventaire qu'il faut chercher les limites du pouvoir d'administration que la loi accorde à l'héritier.

**142**. Il va sans dire que l'héritier étant chargé d'administrer peut faire les actes que la loi permet de faire à tout administrateur du patrimoine d'autrui. On pourrait croire que ses pouvoirs sont plus étendus, puisqu'il est propriétaire. En effet, en sa qualité de propriétaire, il peut faire ce que ne peut pas un administrateur ordinaire; il peut disposer des biens, mais alors il renonce à son bénéfice, et il devient héritier pur et simple (n° 143). Peut-il faire un bail excédant neuf années? C'est un acte de disposition; et, comme administrateur, l'héritier ne peut pas disposer des biens. Cette restriction est fondée en raison : il doit administrer dans l'intérêt des créanciers; ceux-ci sont

(1) Demolombe, t. XV, p. 283, n^os^ 251 et 252. Comparez Dalloz, au mot *Succession*, n° 813.

intéressés à ce que la liquidation soit prompte et à ce que la vente se fasse aux conditions les plus avantageuses. Or, on vend mal un bien loué à long terme. L'héritier ne doit donc faire que des baux d'administration (1).

**143**. Le code ne s'occupe que d'un seul acte de disposition, la vente ; c'est le seul que l'héritier bénéficiaire soit, en général, dans le cas de faire. Nous avons dit ailleurs que si l'héritier vend sans observer les formes prescrites par la loi, la vente est valable, mais que l'héritier n'ayant le droit de la faire qu'en qualité de propriétaire, il devient héritier pur et simple, l'acte impliquant une renonciation à son bénéfice. Nous avons aussi examiné la question de savoir si les autres actes de disposition que l'héritier bénéficiaire ferait emportent également renonciation au bénéfice d'inventaire (2).

On demande si l'héritier peut faire les actes de disposition sans perdre son bénéfice, en se faisant autoriser par justice. Les auteurs abondent dans ce sens ; c'est un moyen très-facile de trancher la difficulté, mais est-il légal ? Il suffit d'entendre Demante pour se convaincre que les interprètes font la loi. Il compare l'héritier au tuteur : la comparaison cloche (n° 141), de sorte que le point de départ est déjà très-contestable. Il y a des actes que le tuteur ne peut faire qu'en observant certaines formes : on applique ces formes par analogie à l'héritier bénéficiaire. Ainsi il faudra organiser un conseil de famille pour les successions bénéficiaires. De quel droit l'interprète prescrit-il des conditions et des formes ? Supposons qu'il y ait analogie, il faudrait aussi admettre les conséquences. Lorsque le tuteur n'observe pas les formes légales, l'acte est nul. En sera-t-il de même des actes faits par l'héritier bénéficiaire ? Non, dit Demante, ce n'est qu'une règle de prudence. Nous demanderons de nouveau qui donne le droit à l'interprète de transformer en règles de prudence des dispositions que la loi prescrit sous peine de nullité, et que l'interprète applique par analogie. Qu'arrivera-t-il si l'héritier ne s'est

(1) Demolombe, t. XV, p. 284, nos 253-255.
(2) Voyez le tome IX de mes *Principes*, nos 402-403 *ter*, p. 470-473.

pas conformé à cette règle de prudence? « Je crois, répond Demante, que l'on pourra, suivant les circonstances, ou voir dans ce qui a été fait un acte d'héritier, ou simplement une faute dont l'héritier devrait répondre, ou, enfin, n'y voir qu'un acte de bon gouvernement qui ne compromettrait pas sa qualité et n'entraînerait aucune responsabilité (1). » Voilà l'arbitraire le plus pur : sur quoi est-il fondé? Le législateur accorde parfois un pouvoir discrétionnaire au juge, mais il le fait rarement, parce que l'arbitraire est en opposition avec l'esprit de nos institutions, c'est précisément pour mettre un terme au pouvoir dont les tribunaux jouissaient dans l'ancien droit que nos codes ont été faits. Le juge est lié par les lois et les principes qui en découlent : où sont les lois et les principes qui lui accordent le pouvoir que l'on réclame pour lui?

Chose remarquable! Les tribunaux ont refusé d'entrer dans la voie où la doctrine les conviait. Ils ne doivent intervenir par voie d'autorisation que dans les cas où la loi l'exige. Or , aucune loi ne dit que l'héritier bénéficiaire doit obtenir l'autorisation de justice pour faire des actes de disposition, sauf l'article 991 du code de procédure pour les ventes d'immeubles. Le silence de la loi décide la question. Un héritier bénéficiaire demande au tribunal l'autorisation de transiger; refus du juge, déclarant que les tribunaux n'ont pas le droit de s'immiscer dans l'administration de l'héritier bénéficiaire. La cour de Paris confirma cette décision; les motifs sont remarquables, ils accusent une lacune dans la loi. On s'était prévalu de l'analogie qui existe entre l'héritier et le tuteur. La cour répond que le tuteur étant simple administrateur, il fallait déterminer les actes qu'il peut faire comme tel, et quelles formalités il doit remplir quand il veut faire un acte de disposition. Cela était inutile pour l'héritier bénéficiaire, puisque lui a encore une autre qualité que celle d'administrateur, il est propriétaire et il a le droit d'agir comme tel, mais alors il devient héritier pur et simple. C'est à lui de voir ce

(1) Demante, t. III, p. 192, n° 126 *bis* II. Comparez, dans le même sens, Demolombe, t. XV, p. 292, n° 204; Zachariæ, t. IV, p. 356.

qu'il a intérêt à faire. Les tribunaux ne peuvent pas l'autoriser à faire en qualité d'administrateur un acte qu'il n'aurait le droit de faire que comme propriétaire. La cour conclut qu'elle ne pourrait, sans excès de pouvoir, *en l'absence d'une disposition spéciale de la loi*, affranchir d'avance l'héritier bénéficiaire de la déchéance qui résulterait de la transaction qu'elle aurait autorisée (1). Cela est parfaitement raisonné au point de vue des textes, mais cela ne résout point la difficulté qui était soumise à la cour. L'héritier bénéficiaire voulait conserver son bénéfice tout en transigeant; il croyait la transaction utile à la succession, donc profitable aux créanciers. Pourquoi la loi ne lui permet-elle pas de transiger, alors qu'elle lui permet d'aliéner avec autorisation de justice? Il y a évidemment lacune, mais la cour a raison de dire qu'il n'appartient pas au juge de la combler.

La même question s'est présentée devant la cour de Paris pour la vente de créances; l'héritier bénéficiaire demandait l'autorisation de les vendre, pour couvrir sa responsabilité, la question de savoir s'il peut les vendre étant douteuse. C'est à lui, dit la cour, d'agir sous sa responsabilité; cette responsabilité est une garantie pour les créanciers, qui pourront poursuivre l'héritier comme pur et simple, c'est-à-dire indéfiniment, s'il fait un acte de propriétaire; et les tribunaux n'ont pas le droit de leur enlever cette garantie. Fort bien; mais que va faire l'héritier? Il ne veut pas renoncer à son bénéfice, et il ne peut pas agir comme propriétaire sans y renoncer; il devra donc rester dans l'inaction; ainsi il y aura des actes utiles qu'il ne pourra faire, à moins d'obtenir le consentement de tous les créanciers. Pourquoi cette différence entre les ventes immobilières et les autres actes de disposition? Il n'y en a pas : c'est une lacune, un oubli. Toujours est-il que les tribunaux ne peuvent pas, dans le silence de la loi, autoriser l'héritier à faire des actes de disposition; ils devraient prescrire les formalités que l'héritier aurait à remplir pour sauvegarder les intérêts des créanciers.

(1) Paris, 30 juillet 1850 (Dalloz, 1851, 2, 116).

Demante leur reconnaît ce droit : n'est-ce pas leur donner le pouvoir de faire la loi (1)?

**144**. L'héritier bénéficiaire peut-il employer à son usage personnel les meubles de la succession, se loger dans une maison qui en fait partie et se nourrir aux dépens des biens héréditaires? Cette question n'en est pas une au point de vue des principes. En effet, la succession est le gage des créanciers, l'héritier leur doit compte de tout l'actif héréditaire; or, le profit pécuniaire qu'il retire des biens fait partie de l'actif. Cela est décisif. M. Demolombe le reconnaît. Mais on va voir comment les auteurs modernes arrivent à faire un nouveau code civil. Il y a d'abord l'article 805 qui *suppose* que l'héritier bénéficiaire a le droit de se servir des meubles, puisqu'il lui permet de les conserver en nature et qu'il ne le rend responsable que de la détérioration ou de la dépréciation causée par sa négligence. Nous dirons plus loin quel est le sens de l'article 805. Déterminer quelle est la responsabilité de l'héritier qui ne vend pas, ce n'est certes pas lui donner un droit d'user. C'est cependant sur cette disposition, pour le moins douteuse, que l'on prend appui pour décider que l'héritier a le droit d'habiter une maison héréditaire sans en payer le loyer : il serait dur de l'y obliger! Il serait encore dur de l'empêcher de se nourrir lui et les siens aux dépens de la succession! Donc il a tous ces droits. Que le législateur raisonne ainsi, soit! Mais l'interprète? De quel droit enlève-t-il aux créanciers une partie de leur gage? M. Demolombe recule lui-même devant ces déductions, et finit par se retrancher derrière l'autorité du juge, qui pourra accorder une provision à l'héritier si l'actif de la succession dépasse certainement le passif (2). Mais le juge à qui l'héritier demanderait une provision ne pourrait-il pas lui répondre : « Si réellement il y a plus d'avoir que de dettes, vous n'avez pas besoin de mon autorisation, puisque vous avez droit à l'excédant; que si le passif excède l'actif, vous me

(1) Paris, 19 mars 1852 (Dalloz, 1852, 2, 215), et un autre arrêt identique du même jour (Dalloz, 1853, 5, 433). Demante, t. III, p. 195, n° 128 *bis* III. Comparez le tome IX de mes *Principes*, n° 402, p. 470.

(2) Demolombe, t. XV, p. 214, n<sup>os</sup> 277-278.

demandez ce que je n'ai pas le pouvoir de vous accorder; puis-je enlever aux créanciers ce qui leur appartient pour vous le donner? »

### VI. *Liquidation.*

#### 1. RECOUVREMENT DES CRÉANCES.

**145.** L'héritier bénéficiaire est chargé d'administrer les biens de la succession (art. 803). Dans quel but? C'est pour arriver à la liquidation de l'hérédité, au payement des créanciers et des légataires. Il faut donc qu'il commence par réaliser l'actif héréditaire. Ainsi recouvrer les créances est plus qu'un droit, c'est une obligation qui lui incombe en sa qualité d'administrateur.

**146.** Ce principe reçoit une exception pour le prix des immeubles grevés de priviléges et d'hypothèques. D'après l'article 806, l'héritier est tenu de le déléguer aux créanciers hypothécaires, et l'article 807 dispose qu'il doit donner caution de la portion du prix des immeubles non déléguée aux créanciers. Il résulte de là que l'héritier ne touche pas les sommes qui sont distribuées aux créanciers hypothécaires. L'adjudicataire des immeubles n'a donc pas le droit de payer le prix entre ses mains, quoique l'héritier soit vendeur et propriétaire. C'est qu'il ne vend pas comme propriétaire, il vend comme administrateur. Si l'adjudicataire remettait les deniers à l'héritier, il ne serait pas libéré à l'égard des créanciers, et si l'héritier était insolvable, il serait tenu de payer une seconde fois. L'héritier ne devant pas caution, les créanciers sont sans garantie; il faut donc, comme la loi le veut, que le prix leur soit remis directement (1).

#### 2. VENTE DES BIENS.

##### a) Vente des meubles

**147.** La loi ne dit pas que l'héritier est tenu de vendre les meubles; l'article 805 suppose, au contraire, que l'hé-

(1) Aubry et Rau sur Zachariæ, t. IV, p. 356, note 24. Demolombe, t. XV, p. 313, n° 286.

ritier peut les conserver, car il porte : « S'il les représente en nature, il n'est tenu que de la dépréciation ou de la détérioration causée par sa négligence. » Quel est le sens de cette disposition? La loi veut-elle dire que l'héritier a le droit de se servir des meubles, et qu'il est seulement responsable s'il mésuse? Les meubles sont à lui, dit-on. Sans doute, toute l'hérédité est à lui, puisqu'il est héritier. Mais il est héritier bénéficiaire, et comme tel il doit rendre compte aux créanciers de tout l'actif héréditaire; il doit liquider cet avoir; on ne peut donc pas le comparer à un usufruitier, comme le fait Demante. Si la loi dit qu'il répond de la *dépréciation* et de la *détérioration*, la raison en est simple, c'est que s'il ne vend pas, les meubles peuvent se *détériorer* par le temps qui use tout, ils peuvent se *déprécier* par le changement de modes, ou par la baisse que les circonstances amènent dans les prix. Telle est l'explication de Chabot, et c'est certainement la plus naturelle (1). Il résulte de là que si l'héritier bénéficiaire n'est pas obligé par la loi de vendre, il y a cependant le plus grand intérêt; à moins qu'il ne veuille payer les dettes de ses deniers pour conserver des objets de prédilection. Il en a le droit, et la loi favorise même cette manière de liquider la succession, en subrogeant l'héritier aux droits du créancier qu'il paye (art. 1251, n° 4). Cela prouve que, dans l'esprit de la loi, l'héritier est tenu de liquider, partant de vendre, si mieux il n'aime payer de ses deniers.

**148.** « L'héritier ne peut vendre les meubles de la succession que par le ministère d'un officier public, aux enchères, et après les affiches et publications accoutumées » (art. 805). Ces formes sont une garantie pour les créanciers; la publicité de la vente attire les acheteurs, tandis qu'une vente faite de la main à la main pourrait se faire à vil prix, ou l'héritier pourrait ne pas déclarer le prix véritable. Le code de procédure règle, d'une manière plus précise, dans quelles formes la vente doit se faire (art. 989 et 945 et suiv.). La loi n'exige pas l'autorisation

(1) Chabot, t. II, p. 203, n° 3 de l'article 805. Comparez Demante, t. III, p. 194, n° 128 *bis* I.

de justice pour les meubles comme elle l'exige pour la vente des immeubles (art. 806). Il est vrai que l'orateur du gouvernement dit dans l'exposé des motifs du code de procédure que l'héritier bénéficiaire doit demander l'autorisation du président du tribunal. Mais les orateurs du gouvernement, ni, en général, les travaux préparatoires, ne peuvent imposer une obligation que la loi n'impose pas. M. Demolombe le prouve avec un vrai luxe d'arguments; à notre avis, le silence de la loi est une preuve décisive (1).

**149.** Nous avons dit ailleurs que si l'héritier bénéficiaire vend les meubles sans observer les formes prescrites par la loi, il est censé renoncer à son bénéfice (2). De là la question de savoir si le tribunal peut autoriser l'héritier à vendre sans l'observation des formes légales. La cour de Dijon avait autorisé un héritier bénéficiaire à conserver le mobilier d'après l'estimation portée à l'inventaire, en augmentant encore cette estimation de moitié. Les meubles avaient pour l'héritier une valeur d'affection parce qu'ils venaient de son frère. D'un autre côté, les créanciers n'avaient aucun intérêt à s'y opposer; les frais de vente auraient été une perte pour eux, parce qu'ils ne pouvaient espérer un prix supérieur à celui que le tribunal avait fixé; aller au delà, dit la cour, ce serait commettre une pure vexation. C'était un de ces arrêts d'équité comme les parlements en rendaient jadis, mais les tribunaux n'ont plus ce droit; la décision fut cassée comme violant ouvertement l'article 805 (3). Il n'y a qu'un moyen pour l'héritier de se dispenser des formes légales, c'est d'obtenir le consentement des créanciers et légataires dans l'intérêt desquels ces formes ont été établies. Si un seul des créanciers autorisait l'héritier à vendre de la main à la main, ou à conserver les meubles à la charge d'en tenir compte d'après l'estimation, il ne pourrait plus revenir sur ce consentement sous le prétexte qu'il y a des créanciers qui n'ont pas

(1) Demolombe, t. XV, p. 308, n° 281, et les autorités en sens contraire qui y sont citées.

(2) Voyez le tome IX de mes *Principes*, nos 392 et suiv., p. 458 et suiv.

(3) Arrêt de cassation du 19 février 1821 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 832).

consenti. C'est une convention qui lie ceux qui y figurent, sauf aux autres à demander la vente dans les formes légales (1).

**150.** Que faut-il entendre par le mot *meubles* dans l'article 805? L'article 533 porte : « Le mot *meuble*, employé seul dans les dispositions de la loi, *sans autre addition ni désignation*, ne comprend pas l'argent comptant, les pierreries, les dettes actives, les livres, les médailles, les instruments des sciences, des arts et métiers, le linge de corps, les chevaux, équipages, armes, grains, vins, foins et autres denrées; il ne comprend pas aussi ce qui fait l'objet d'un commerce. » On a prétendu que cette définition était applicable à l'article 805, puisque le mot *meuble* y est employé seul (2). C'est une erreur : l'article 805 ne doit pas être isolé de l'article 806 qui ordonne de vendre les *immeubles* dans les formes prescrites par les lois sur la procédure. L'objet des deux dispositions est donc de déterminer les formes que l'héritier doit observer dans la vente des biens héréditaires : le mot *meubles* étant opposé au mot *immeubles*, il faut l'entendre dans son sens le plus large; par conséquent il comprend tout ce qui est meuble d'après la loi, ainsi les choses incorporelles aussi bien que les choses corporelles, donc les créances et les rentes. On objecte l'article 989 du code de procédure qui porte : « S'il y a lieu à faire procéder à la vente du *mobilier* et des *rentes* dépendants de la succession. » L'addition du mot *rentes* eût été inutile, dit-on, si les rentes étaient comprises dans l'article 805 (3). L'argument est très-faible. En général, le code de procédure ne déroge pas au code civil, dont il ne fait que régler l'exécution. La dérogation serait d'ailleurs peu rationnelle : quelle raison y aurait-il de faire une différence entre les créances ordinaires et les rentes pour les formes dans lesquelles elles doivent être vendues? L'article 805 est conçu en termes généraux; il n'y a aucun motif de le restreindre à certaines valeurs

(1) Paris, 27 décembre 1825 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 840).
(2) Chabot, t. II, p. 203, n° 4. En sens contraire, Belost-Jolimont sur Chabot, p. 204, note 1 et tous les auteurs.
(3) Aubry et Rau sur Zachariæ, t. IV, p. 355, note 20.

mobilières ou aux meubles corporels. Il n'y a que les rentes sur l'Etat qui sont régies par des dispositions spéciales. Une loi du 24 mars 1806 porte que les tuteurs et les mineurs émancipés peuvent transférer les rentes de cinquante francs dans la forme ordinaire, sans affiches ni publications ; on applique cette loi par analogie à toutes les valeurs qui sont cotées à la bourse. L'héritier bénéficiaire doit avoir le même droit, parce qu'il y a même motif de décider. C'est l'opinion unanime des auteurs. Lorsque les rentes dépassent cinquante francs, il faut l'autorisation de justice. Nous admettons cette opinion, puisque l'argument d'analogie est décisif. Mais il nous semble que, d'après l'esprit de la loi, il eût fallu autoriser l'héritier bénéficiaire à vendre toute espèce de valeurs au cours du jour ; il n'est pas dans la position du tuteur : celui-ci doit conserver, tandis que l'héritier doit réaliser l'avoir héréditaire pour le distribuer aux créanciers (1).

**b) Vente des immeubles**

**151**. Aux termes de l'article 806, l'héritier bénéficiaire ne peut vendre les immeubles que dans les formes prescrites par les lois sur la procédure. Ces formes (art. 987 et 988) ont été modifiées en Belgique par la loi du 12 juin 1816. D'après cette loi (art. 3, §§ 1 et 2), l'héritier doit demander l'autorisation de vendre au tribunal de l'arrondissement où la succession s'est ouverte ; le tribunal, après avoir entendu le ministère public, statue sur la demande et, en accordant l'autorisation, désigne en même temps le notaire par le ministère duquel la vente aura lieu. La vente se fait par le ministère du notaire désigné, et pardevant le juge de paix du canton où la succession s'est ouverte. Ces formes sont les mêmes que celles que la loi de 1816 établit pour la vente des biens appartenant aux mineurs. Il faut donc appliquer ici la disposition de l'ar-

(1) Demante, t. III, p. 194, n° 128 *bis* II ; Demolombe, t. XV, p. 306, n° 279.

ticle 7 de la loi de 1816, que nous avons expliquée au titre de la *Tutelle* (1).

**152.** Qu'arrive-t-il si l'héritier bénéficiaire vend les biens sans observer les formes prescrites par la loi de 1816? L'article 988 du code de procédure répond qu'il sera réputé héritier pur et simple. Quand il s'agit du mobilier, l'article 989 décide que l'héritier bénéficiaire doit suivre les formes légales, à peine d'être réputé héritier pur et simple. Nous avons expliqué ces dispositions ailleurs (2). Il y a, dans notre opinion, renonciation tacite. La jurisprudence, en matière de séparation des patrimoines, a consacré une autre interprétation qui a trouvé quelque appui dans la doctrine (3). C'est dans l'intérêt des créanciers, dit-on, que l'héritier bénéficiaire est réputé héritier pur et simple; c'est une déchéance, la loi prononce même le mot de *peine*. Or, les créanciers n'ont intérêt à ce que l'héritier soit pur et simple que s'il est solvable; dans ce cas, ils peuvent le faire déclarer déchu du bénéfice d'inventaire, et le poursuivre sur ses biens personnels. Que si l'héritier est insolvable, tandis que l'actif de la succession suffit pour payer les dettes, les créanciers ne demanderont pas sa déchéance, il restera héritier bénéficiaire. Nous avons déjà combattu la jurisprudence et la doctrine qui s'y appuie; dans l'espèce, il y a un nouveau motif de douter. La jurisprudence suppose que les créanciers ont le choix de demander la déchéance ou de maintenir le bénéfice d'inventaire; or, la loi ne dit pas cela; c'est elle-même qui décide que l'héritier sera réputé pur et simple. Cela prouve que la loi part d'un autre principe, celui de la renonciation au bénéfice. Les créanciers peuvent-ils empêcher l'héritier de renoncer au bénéfice d'inventaire d'une manière expresse? Non, certes, car c'est un droit pour lui. Eh bien, c'est aussi un droit pour lui de renoncer tacitement en faisant acte de propriétaire (4). Les créanciers ont

(1) Voyez le tome V de mes *Principes*, n° 89, p. 102.
(2) Voyez le tome IX de mes *Principes*, n^os^ 394 et suiv., p. 460 et suiv.
(3) Mourlon (d'apres Valette), *Répétitions*, t. II, p. 122. Comparez ce que nous avons dit plus haut, n° 82.
(4) Comparez Chabot, t. II, p. 201, n° 2 et p. 205, n° 2.

un autre moyen de se mettre à l'abri du préjudice que l'insolvabilité de l'héritier peut leur causer, c'est de demander la séparation des patrimoines.

### Nº 4. PAYEMENT DES CRÉANCIERS ET LÉGATAIRES.

#### I. *Règles générales.*

**153.** Les créances deviennent-elles toutes exigibles par l'effet de l'acceptation bénéficiaire? On l'a prétendu; mais cela est contraire au texte et à l'esprit de la loi. L'article 1188 détermine les cas dans lesquels le débiteur ne peut plus réclamer le bénéfice du terme. Il en est déchu lorsqu'il a fait faillite; on admet généralement que la déconfiture entraîne aussi la déchéance. La question est donc de savoir si l'acceptation d'une succession sous bénéfice d'inventaire équivaut à la faillite ou à la déconfiture. Il n'y a aucun texte qui établisse cette assimilation, et la loi ne pouvait pas l'établir, puisqu'il y a des cas dans lesquels la succession doit être acceptée sous bénéfice d'inventaire, sans qu'il y ait la moindre apparence d'insolvabilité : une succession sera-t-elle réputée en déconfiture parce qu'elle échoit à un mineur ou à un interdit? La loi aurait donc dû distinguer entre l'acceptation volontaire et l'acceptation forcée. Même en cas d'acceptation volontaire, l'on ne pouvait pas établir une présomption d'insolvabilité; car si l'insolvabilité était certaine, l'héritier n'accepterait pas, il renoncerait. On objecte l'article 2146 qui ne permet pas aux créanciers d'une succession bénéficiaire de prendre inscription pour leurs hypothèques. Nous répondons que cette disposition est toute spéciale et ne concerne que les rapports des créanciers entre eux : de là à conclure que la succession est en faillite ou en déconfiture, il y a loin. Ce n'est qu'à la fin de la liquidation que l'on saura si la succession est ou non insolvable. Nous concluons que les dettes à terme ne deviennent pas exigibles; les créanciers pourront, à la vérité, se présenter à l'ordre pour être colloqués, mais ils ne pourront exiger le paye-

ment de ce qui leur est dû qu'à l'échéance du terme (1).

**154.** L'administration d'une succession bénéficiaire est une liquidation; or, dans toute liquidation, on distribue les deniers au fur et à mesure qu'il rentre des sommes suffisantes pour faire des distributions. On doit suivre la même règle pour le payement des créanciers et légataires d'une succession acceptée sous bénéfice d'inventaire. La doctrine et la jurisprudence sont d'accord sur ce point (2).

Si l'héritier bénéficiaire refuse de distribuer des dividendes, les créanciers peuvent-ils l'y forcer en pratiquant des saisies-arrêts à sa charge? L'affirmative a été jugée (3), en termes trop absolus, nous semble-t-il. Il faut distinguer si la saisie-arrêt est opérée sur les biens de la succession ou sur les biens de l'héritier; l'article 803 ne permet de contraindre l'héritier bénéficiaire sur ses biens personnels que lorsqu'il a été mis en demeure de présenter son compte. Mais rien n'empêche les créanciers de saisir les biens qui sont leur gage si l'héritier ne satisfait pas à ses obligations, et ce n'est pas y satisfaire que de garder des deniers alors qu'on peut les distribuer (4).

**155.** Dans quel ordre se fait la distribution? On paye d'abord les créanciers et ensuite les légataires; c'est l'application du principe qui ne permet point de faire des libéralités à celui qui a plus de dettes que d'avoir; l'article 809 consacre une conséquence de ce principe en permettant aux créanciers non opposants qui se présentent après l'apurement du compte et le payement du reliquat, d'exercer un recours contre les légataires qui auraient été payés à leur préjudice.

Quant aux créanciers, on suit le principe établi par l'article 2093 (loi hypothécaire, art. 8) : « Les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers; et le prix s'en distribue entre eux par contribution, à moins qu'il n'y

(1) Demolombe, t. XV, p. 184, nº 168. Comparez Duranton, t. VII, p. 91, nº 33.

(2) Toullier, t. II, 2, p. 244, nº 391. Bruxelles, 28 décembre 1826 (*Pasicrisie*, 1826, p. 338).

(3) Bruxelles, 14 avril 1827 (*Pasicrisie*, 1827, p. 133).

(4) Jugé que les créanciers peuvent intervenir dans la liquidation pour l'accélérer. Bruxelles, 12 août 1864 (*Pasicrisie*, 1864, 2, 385).

ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence. » Ces causes de préférence sont les priviléges et les hypothèques; les créanciers privilégiés sont payés de préférence à tous autres créanciers; ceux qui ont un privilége sur les immeubles sont même préférés aux créanciers hypothécaires (art. 2095; loi hypothécaire, art. 12). Entre créanciers hypothécaires, l'ordre de payement est déterminé par le rang des inscriptions (art. 2134; loi hypothécaire, art. 81). Les créanciers chirographaires sont payés au marc le franc, c'est-à-dire proportionnellement au montant de leurs créances, lorsque les biens ne suffisent pas pour leur payement intégral. Tel est le droit commun; il y est dérogé lorsque les créanciers ne forment pas opposition, comme nous le dirons plus loin.

II. *Des créanciers hypothécaires.*

**156**. L'article 806, qui règle les formes dans lesquelles l'héritier bénéficiaire doit vendre les immeubles, dit qu'il est tenu d'en *déléguer* le prix aux créanciers hypothécaires *qui se sont fait connaître*. Cela n'est pas exact. Dans notre système hypothécaire, les créanciers hypothécaires doivent prendre inscription, et une fois inscrits, ils n'ont plus à se faire connaître : la publicité prescrite par la loi a précisément pour but d'apprendre à toutes personnes intéressées que les immeubles sont grevés d'hypothèques. Il n'en était pas de même dans l'ancien droit : les hypothèques étaient occultes, l'héritier vendeur et l'acquéreur ne pouvaient donc pas les connaître. Dans ce système, il fallait avant tout provoquer les créanciers hypothécaires à déclarer l'existence de leurs hypothèques. L'acheteur publiait son acte d'acquisition en l'affichant au greffe du tribunal; dans les deux mois qui suivaient la publication, les créanciers étaient admis à former opposition; l'acquéreur payait son prix entre les mains de ceux qui s'étaient fait connaître les premiers. De là l'expression dont la loi se sert dans l'article 806, c'est un débris de l'ancien droit qui n'a plus de sens dans notre régime hypothécaire.

**Reste à savoir comment les créanciers hypothécaires**

sont payés. A qui l'acheteur doit-il payer son prix? On enseigne qu'il peut le verser soit entre les mains de l'héritier bénéficiaire, lequel le distribue aux créanciers, soit aux créanciers eux-mêmes (1). Cela n'est pas exact. L'article 806 veut que le prix soit délégué aux créanciers hypothécaires, ce qui suppose que l'héritier ne le touche pas; il ne touche que la portion du prix qui n'est pas déléguée aux créanciers hypothécaires; aussi ne donne-t-il caution que de ce reliquat (art. 807). Comment les créanciers reçoivent-ils ce qui leur est dû? Est-ce par voie de délégation? L'article 991 du code de procédure porte que le prix de la vente des immeubles sera distribué suivant l'ordre des priviléges et hypothèques; le projet ajoutait : dans la forme prescrite au titre de l'*Ordre;* ces mots furent supprimés à la demande du Tribunat, comme étant contraires à l'article 806 du code civil. En effet, cette disposition suppose qu'il n'y a pas lieu à une procédure d'ordre, puisque le payement doit se faire par délégation. Est-ce à dire qu'il n'y ait jamais lieu à la distribution par voie d'ordre? Le Tribunat n'a pas dit cela; il a dit seulement qu'il n'y avait pas lieu à former une procédure d'ordre, lorsque aucun créancier ne s'oppose à l'exécution de la délégation. Il faut donc distinguer. Si les créanciers sont d'accord sur l'ordre dans lequel ils doivent être payés, il est certain qu'il est inutile de recourir à la procédure d'ordre; l'héritier délègue alors le prix aux créanciers, ce qui veut dire que l'acquéreur paye entre leurs mains. S'il y a contestation, les tribunaux régleront l'ordre dans les formes prescrites par le code de procédure (2).

### III. *Des créanciers chirographaires.*

#### 1. S'IL Y A DES OPPOSITIONS.

**157.** L'article 808 porte : « S'il y a des créanciers opposants, l'héritier bénéficiaire ne peut payer que dans l'ordre

(1) Mourlon, *Répétitions*, t. II, p. 121.
(2) Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, p. 432, n° 629. Demolombe, t. XV, p. 317, n° 290. Zachariæ, édition d'Aubry et Rau, t. IV, p. 357 et note 26.

et de la manière réglés par le juge. » Qu'entend-on par opposition et dans quelles formes doit-elle être faite? Chabot répond à notre question. On entend par créanciers opposants tous ceux qui, par un acte légal, ont fait connaître à l'héritier bénéficiaire qu'ils sont ou se prétendent créanciers de la succession. Par cela même, ils manifestent la volonté de s'opposer à ce que les deniers de la succession soient distribués sans qu'ils soient appelés à la distribution. Il n'est pas nécessaire que le créancier qui s'est fait légalement connaître à l'héritier forme en outre une opposition directe et formelle. La notification de sa créance à l'héritier ne peut avoir d'autre objet que de le faire payer sur les biens de la succession, ce qui est réellement une opposition à ce que les biens ou leur valeur soient distribués à d'autres que lui. Cette interprétation de l'article 806 est consacrée par la jurisprudence et admise par les auteurs; elle se fonde sur ce qu'aucune loi ne détermine les formes dans lesquelles l'opposition doit être faite; dès lors il faut appliquer le principe général, d'après lequel la volonté peut se manifester d'une manière expresse ou d'une manière tacite; il suffit qu'il n'y ait aucun doute sur la volonté du créancier de faire valoir ses droits (1). La cour de cassation a appliqué ce principe dans l'espèce suivante. L'administration de l'enregistrement poursuit personnellement contre l'héritier, et par voie de contrainte, le payement des droits de mutation par décès; elle est déclarée mal fondée, et renvoyée à se pourvoir contre la succession. Cette poursuite, bien qu'irrégulière, suffit, dit l'arrêt, pour que l'héritier ait connaissance de la créance, et qu'il ne puisse faire des distributions de deniers au préjudice de la régie (2).

Cette doctrine, quoique généralement suivie, nous laisse des doutes. L'article 808 exige une opposition; il est vrai qu'il ne prescrit aucune forme; toujours est-il qu'il faut

(1) Chabot, t. II, p. 209, nº 1 de l'article 808. Demolombe, t. XV, p. 327, p. 299. Jugement du tribunal de Châtillon-sur-Seine du 9 avril 1862 (Dalloz, 1862, 3, 37). Bruxelles, 22 mars 1848 (*Pasicrisie*, 1849, 2, 12).

(2) Arrêt de rejet de la chambre civile du 24 avril 1866 (Dalloz, 1866, 1, 257). Comparez rejet, 25 juillet 1871 (Dalloz, 1871, 1, 302).

un acte par lequel le créancier déclare s'opposer. A quoi? L'article 808 le dit : à ce que l'héritier paye avant que l'ordre et la manière aient été réglés par le juge. Peut-on dire que le créancier qui notifie son titre ou ses prétentions forme opposition? Il fait connaître sa qualité de créancier, il demande son payement, mais il ne s'oppose pas à ce que d'autres soient payés. Ce qui nous confirme dans nos doutes, c'est que Pothier appelait *saisie-arrêt* ce que le code appelle *opposition;* et certes on ne dira pas que le créancier qui fait connaître ses droits ou ses prétentions opère une *saisie-arrêt.* L'opinion générale conduirait à cette conséquence que les créanciers dont les titres sont relatés dans l'inventaire n'auraient pas besoin de former opposition. Le droit de la régie est écrit dans la loi, l'héritier bénéficiaire sait qu'il doit payer l'impôt de mutation; il est donc averti de la créance par le législateur lui-même. Cela ne suffit pas, il faut que le créancier forme une opposition. Nous ne disons pas que le système est bon; c'est sans doute parce qu'il est mauvais que la jurisprudence et la doctrine s'en sont écartées. Il est bon de signaler ce conflit entre la rigueur des principes et la pratique; il accuse un vice dans la loi, et il importe de le faire disparaître, car c'est diminuer l'autorité des lois que de permettre qu'on les méconnaisse.

**158.** Il va sans dire que l'opposition est un droit individuel, dont chaque créancier peut user ou ne pas user; la loi n'organise pas de gestion générale dans l'intérêt de tous les créanciers; chacun veille à ses intérêts comme il l'entend. De là suit que l'opposition formée par l'un des créanciers ne donne aucun droit aux autres; celui qui a fait opposition jouira des droits que la loi y attache; ceux qui seront restés dans l'inaction porteront la peine de leur négligence (1). Nous exposons le système du code sans l'approuver. Mieux eût valu organiser une action collective, puisqu'il y a des intérêts communs. Une pareille marche eût été plus en harmonie avec les principes qui régissent les droits des créanciers quand le débiteur est insolva-

(1) Demolombe, t. XV, p. 325, n° 296 et les auteurs qu'il cite.

ble. Nous venons de les rappeler (n° 155). Il y a des créanciers qui ont un droit de préférence, soit en vertu de la nature de leur créance, soit en vertu de la loi, soit en vertu de conventions; ils devraient conserver cette préférence quand leur débiteur meurt et que la succession est acceptée sous bénéfice d'inventaire; cependant s'ils ne forment pas opposition, ils pourront se voir primés par des créanciers chirographaires. Dira-t-on que la faute en est à leur négligence? Ici est le vice de la loi, c'est qu'elle exige une nouvelle mesure de précaution de la part de ceux qui ont déjà veillé à leurs intérêts et qui ont un droit acquis, précaution qu'ils peuvent même être dans l'impossibilité de prendre si, demeurant loin du lieu où la succession s'ouvre, ils n'en apprennent l'ouverture que lorsque les créanciers qui sont sur les lieux sont déjà payés. La loi n'est pas moins injuste à l'égard des créanciers chirographaires. Au titre des *Hypothèques*, elle dit que les biens du débiteur sont le *gage commun* de ses créanciers, et que le prix s'en distribue entre eux par contribution. Au titre des *Successions*, elle ne tient plus aucun compte de ce *gage commun*, et elle distribue l'actif des successions bénéficiaires au hasard, de sorte que les biens sont attribués pour ainsi dire au pas de course. Les détails dans lesquels nous allons entrer justifieront cette critique et prouveront que le bénéfice d'inventaire est une des parties les plus défectueuses de notre législation civile.

**159.** « S'il y a des créanciers opposants, l'héritier ne peut payer que dans l'ordre et de la manière réglés par le juge » (art. 808). Bien entendu que l'opposition ne profite qu'aux créanciers qui l'ont formée. Ils sont payés dans l'ordre qui est déterminé par la loi hypothécaire, en tenant compte des priviléges et des hypothèques, et les créanciers chirographaires par contribution. L'article 808 suppose qu'il y a toujours lieu à une procédure d'ordre, dans les formes prescrites par le code de procédure (articles 990 et 991). Cela n'est pas exact : le juge n'intervient que lorsqu'il y a une contestation à décider. Si tous les créanciers s'accordent sur l'ordre dans lequel ils doivent être payés, et s'ils sont capables, ils peuvent régler leurs intérêts par

convention, et prévenir les frais d'une instance judiciaire qui retomberaient sur eux, puisqu'on suppose que la succession est insolvable. L'héritier bénéficiaire, quoiqu'il ne soit pas partie à cette convention, ne risque rien en l'exécutant, puisqu'elle forme une loi pour les créanciers et a la même force qu'un jugement (1).

**160.** Le principe posé par l'article 808 a une conséquence importante en ce qui concerne la compensation. Lorsque le débiteur meurt et que sa succession est acceptée sous bénéfice d'inventaire, ceux des créanciers qui sont en même temps débiteurs pourront-ils invoquer la compensation? La question se présente pour l'héritier bénéficiaire; car il conserve ses créances comme il reste tenu de ses dettes. S'il y a des créanciers opposants, la compensation ne pourra s'opérer que lorsque les droits de tous seront réglés, et que l'on saura si leurs créances viennent en ordre utile ou s'ils doivent subir une réduction. Jusque-là les créances, quoique certaines, ne sont pas liquides, en ce sens que l'on ne sait pas si le créancier sera payé ni ce qu'il recevra : il ne peut donc pas être question de compensation. Du moment où la distribution sera arrêtée, les créances étant liquides seront compensables; mais, en fait, il n'y aura pas lieu à compensation, puisque les dettes auront été recouvrées, et les créanciers qui sont en même temps débiteurs auront dû payer ce qu'ils doivent, puisqu'ils n'ont pas pu se prévaloir de la compensation (2).

**161.** Quand il y a des oppositions, l'héritier bénéficiaire ne peut faire de payement jusqu'à ce que l'ordre soit arrêté par convention ou par jugement. Quel sera l'effet des payements faits au mépris des oppositions? Il est certain que l'héritier sera responsable, car il commet une faute grave au préjudice des créanciers opposants. Mais quelles seront les conséquences de cette responsabilité? Il cause un préjudice, il doit le réparer. Quant au montant du préjudice, il sera déterminé par l'ordre que la convention ou le jugement établiront contre les créanciers : il devra payer

(1) Chabot, t. II, p. 210, nos 2 et 3 de l'article 808. Zachariæ, édition d'Aubry et Rau, t. IV, p. 358 et note 27. Demolombe, t. XV, p. 324, no 294.
(2) Comparez Massé et Vergé sur Zachariæ, t. II, p. 344, note 6.

aux créanciers lésés la somme qu'ils auraient touchée dans un ordre régulier. Aura-t-il un recours contre les créanciers qui ont reçu plus que leur part? Non, car ce n'est pas un payement indû, puisque l'héritier l'a fait en connaissance de cause. Faut-il aller plus loin, et dire avec Chabot que l'héritier sera déchu du bénéfice d'inventaire? La loi même suppose qu'il n'encourt pas de déchéance. Si l'héritier était déchu, il deviendrait héritier pur et simple, et par conséquent les payements qu'il aurait faits seraient valables à l'égard des autres créanciers. Tandis que l'article 809 implique que les créanciers qui sont lésés par les payements que fait l'héritier bénéficiaire ont un recours contre ceux qui ont été payés à leur préjudice (1).

Le recours des créanciers opposants ne fait aucun doute en ce qui concerne les légataires. En effet, l'article 809 ouvre un recours contre les légataires même aux créanciers non opposants qui ne se présentent qu'après l'apurement du compte et le payement du reliquat. A plus forte raison les créanciers opposants doivent-ils avoir un recours. C'est une conséquence des principes qui régissent le concours des créanciers et des légataires. Quand le débiteur qui a fait des legs est insolvable, les créanciers sont payés de préférence aux légataires, le testateur ne pouvant disposer que de ce qui lui appartient; or, il n'y a de biens que dettes déduites : de là la maxime *nemo liberalis nisi liberatus*, maxime qui est applicable dès que les créanciers et les légataires concourent sur le patrimoine de leur débiteur, et tel est bien le cas d'une succession bénéficiaire, puisque le patrimoine du défunt est séparé d'avec celui de l'héritier. Cela ne fait aucun doute.

Les créanciers opposants ont-ils aussi un recours contre les créanciers payés à leur préjudice? Ici nous n'avons plus de texte formel, sauf un argument *a contrario* que l'on déduit de l'article 809. La loi dit que les créanciers *non opposants* n'ont de recours à exercer *que contre les légataires* : cela suppose que les créanciers *opposants* ont

(1) Zachariæ, édition d'Aubry et Rau, t. IV, p. 358 et notes 29 et 30. Demolombe, t. XV, p. 328, n° 301. Arrêt de rejet du 27 décembre 1820 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 914).

encore un autre recours, et ce recours ne peut être que contre les créanciers. Il est vrai que les arguments fondés sur le silence de la loi ont peu de valeur; mais dans l'espèce les principes généraux conduisent à la même conclusion, abstraction faite de l'article 809. Quel est l'effet de l'opposition? L'article 808 répond que l'ordre dans lequel les créanciers doivent être payés sera réglé par le juge. D'après quels principes? Il n'y en a pas d'autres que ceux que le code établit au titre des *Hypothèques* : les créanciers privilégiés et hypothécaires sont payés par préférence aux créanciers chirographaires, et ceux-ci sont payés par contribution. Donc si l'héritier paye sans observer cet ordre, le payement est nul à l'égard des créanciers, puisque l'un d'eux a reçu plus qu'il n'aurait dû recevoir dans l'ordre réglé par la loi (1).

**162.** On demande quelle action les créanciers opposants ont contre les créanciers et légataires. A cette question on fait des réponses que nous ne saurions accepter (2). Les créanciers, dit-on, peuvent d'abord former l'action en répétition de l'indû, au nom de leur débiteur, l'héritier, à qui elle compète certainement, puisque c'est lui qui a fait le payement indû, et la responsabilité même qu'il encourt lui donne intérêt et par conséquent droit à répétition. A notre avis, il est certain, au contraire, que l'héritier n'a pas l'action en répétition de l'indû. En effet, il n'a tenu aucun compte des oppositions, il a agi comme s'il n'y en avait pas. Or, en ce cas, chaque créancier a droit au payement intégral de sa créance; s'il le reçoit, il reçoit ce qui lui est dû; donc il n'y a pas de payement indû. D'un autre côté, il n'y a lieu à la répétition de l'indû que lorsque le payement a été fait par erreur; et l'héritier peut-il dire qu'il a payé par erreur, alors que sciemment il a payé au mépris des oppositions? On donne encore aux créanciers opposants l'action paulienne; cela ne fait aucun doute si réellement l'héritier a payé en fraude de leurs droits. Mais

(1) Aubry et Rau sur Zachariæ, t. IV, p. 358 et note 30. Demolombe, t. XV, p. 329, nos 302 et 303.
(2) Demante, t. II, p. 202 et suiv., no 133 *bis* II. Demolombe, t. XV, p. 331, no 304.

cette action est peu favorable, elle exige la fraude et d la part de l'héritier et de la part du créancier qui a reç le payement; et elle ne profite pas exclusivement au créancier qui l'intente : le plus souvent les créanciers opposants ne seraient pas dans le cas d'en profiter. N'ont-ils pas une action directe, en leur propre nom, contre les créanciers payés à leur préjudice? On répond affirmativement; dès lors à quoi bon aller à la recherche d'autres actions, toutes moins favorables? Reste une difficulté : quelle est cette action? en quoi est-elle fondée? Demante et après lui M. Demolombe invoquent l'article 809, qui donne aux créanciers non opposants un recours contre les légataires, action directe; or, cette disposition implique, comme nous venons de le dire (n° 161), que les créanciers opposants ont un recours contre les créanciers payés à leur préjudice, action également directe. La loi la donne; mais d'où dérive-t-elle? On dit que c'est un droit de revendication. Cela n'est pas exact : les créanciers ne sont pas propriétaires, comment donc revendiqueraient-ils? Ne serait-ce pas plutôt une action en nullité? Quand il y a des oppositions, l'héritier ne peut payer que d'après les principes établis par la loi hypothécaire; le payement fait en violation de ces principes est nul. Que demandent les créanciers opposants? Que le payement soit annulé, et que, par suite, les sommes reçues par les créanciers ou légataires soient rapportées à la succession.

**163.** Quelle est la durée de l'action qui appartient aux créanciers opposants contre les créanciers et légataires payés à leur préjudice? La question est controversée, et il y a quelque doute. L'article 809, qui donne aux créanciers non opposants un recours contre les légataires, ajoute : « Dans l'un et l'autre cas, le recours se prescrit par le laps de trois ans. » La loi suppose donc que le recours est exercé dans deux cas. Quels sont ces deux cas? Les éditeurs de Zachariæ répondent qu'il s'agit de l'action des créanciers opposants et de l'action des créanciers non opposants : l'une et l'autre se prescriraient donc par trois ans (1). Cela serait très-logique : si la loi limite l'action

(1) Aubry et Rau sur Zachariæ, t. IV, p. 361, note 36.

des créanciers non opposants contre les légataires à trois ans, pour ne pas laisser trop longtemps leurs droits dans l'incertitude, elle doit limiter par la même raison l'action des crcanciers opposants contre les créanciers payés; car ceux-ci méritent pour le moins autant de faveur que les légataires. Mais le texte autorise-t-il cette interprétation? Là est la difficulté. La loi ne parle pas d'un recours des créanciers opposants; la seule disposition qui donne un recours est celle de l'article 809, et il n'y est question que des créanciers non opposants. Il est vrai que l'on déduit un argument *a contrario* de l'article 809 en faveur des créanciers opposants; mais cet argument se fonde sur le silence de la loi; or, le silence de la loi n'est certes pas un texte : donc on ne peut pas dire que les mots, *dans l'un et l'autre cas*, se rapportent aux créanciers opposants et aux créanciers non opposants; le sens naturel est plutôt que les créanciers non opposants ont un recours à exercer dans deux cas : nous y reviendrons plus loin. En définitive nous ne trouvons pas de texte concernant le recours des créanciers opposants; la conséquence en est que leur recours reste sous l'empire des principes généraux : il dure donc trente ans, tandis que le recours des créanciers non opposants ne dure que trois ans. C'est une anomalie, mais nous ne voyons aucun moyen d'y échapper (1).

### 2. S'IL N'Y A PAS D'OPPOSITION.

**164.** « S'il n'y a pas de créanciers opposants, l'héritier paye les créanciers et les légataires à mesure qu'ils se présentent » (art. 808). L'héritier *paye*, dit la loi; cela veut dire qu'il a le droit et le devoir de payer; car les droits de l'héritier bénéficiaire sont en même temps des obligations; le premier créancier venu peut donc forcer l'héritier à le payer, pourvu que sa dette soit certaine et échue. Nous disons le premier créancier venu; car la loi ne distingue pas s'il est privilégié, hypothécaire ou chirographaire (2).

(1) Demolombe, t. XV, p. 331, n° 305.
(2) Demolombe, t. XV, p. 336, n° 309 et p. 338, n° 311. Jugement du tribunal de Châtillon-sur-Seine du 9 avril 1862 (Dalloz, 1862, 3, 37).

C'est une dérogation importante aux principes qui régissent les droits respectifs des créanciers; celui qui n'a aucun droit de préférence sera payé avant celui qui a une hypothèque ou un privilége. Quelle est la raison de cette dérogation? On la comprend quand la succession est solvable; pour mieux dire, dans ce cas, il n'y a pas lieu d'appliquer les règles sur le concours des créanciers, puisqu'il n'y a pas de conflit. La loi doit donc supposer que s'il n'y a pas de créanciers opposants, c'est une preuve que la succession est solvable. Mais c'est là une très-faible probabilité; le code même, après avoir autorisé l'héritier à payer à tout venant, prévoit le cas où l'avoir héréditaire ne suffit pas pour désintéresser les créanciers; il leur ouvre alors un recours contre les légataires. Mais ce recours ne suffit pas pour garantir les intérêts des créanciers; il se peut qu'il n'y ait pas de légataires; il se peut que les legs acquittés, bien qu'ils soient rapportés, ne suffisent pas pour payer les créanciers. Il y aura donc une inégalité entre les créanciers; ceux qui se sont présentés les premiers seront payés intégralement; les autres n'auront rien ou ne recevront qu'un payement partiel. C'est le prix de la diligence, dira-t-on. Non, ce sera le plus souvent le hasard qui décidera : ceux qui sont sur les lieux se feront payer de suite, tandis que ceux qui sont éloignés ne pourront pas faire opposition en temps utile, à moins que l'héritier ne les prévienne, et ne pourra-t-il pas prévenir les uns et ne pas prévenir les autres? Ce sont de mauvaises lois que celles qui facilitent la fraude, sans donner aux parties intéressées le moyen de la prévenir. Nous dirons plus loin comment les interprètes ont essayé de corriger la loi.

**165**. L'héritier bénéficiaire peut-il se payer lui-même? Oui, et sans doute aucun. Il conserve ses créances et tous les droits qui y sont attachés. La doctrine et la jurisprudence sont d'accord (1). Il résulte de là que si l'héritier est créancier du défunt, ne fût-il que créancier chirographaire, il sera payé régulièrement de préférence aux créanciers

(1) Zachariæ, édition d'Aubry et Rau, t. IV, p. 359 et note 32, et les autorités qui y sont citées. Demolombe, t. XV, p. 337, n° 310. Voyez la jurisprudence dans Dalloz, au mot *Succession*, n° 921.

les plus privilégiés. En effet, il peut se payer avant que les créanciers aient formé opposition, avant même qu'ils sachent qu'il y a acceptation bénéficiaire. Vainement dirait-on que l'héritier fait fraude aux créanciers en se payant de suite; il use d'un droit que la loi lui donne, et comment y aurait-il fraude dans l'exercice d'une faculté légale? C'est un nouveau reproche que l'on est en droit d'adresser au législateur. Il n'y a qu'un système rationnel, c'est celui de l'égalité des créanciers, c'est-à-dire le droit commun.

**166**. Les conséquences qui résultent de ces principes, pour ce qui concerne la compensation, sont très-graves : c'est que les créances de la succession s'éteindront de plein droit avant que les créanciers éloignés aient eu le temps de former opposition (1). Si un créancier de la succession est en même temps débiteur, et si les dettes deviennent compensables après l'ouverture de l'hérédité, le créancier sera payé par voie de compensation, il pourra l'être intégralement au préjudice des autres créanciers qui, ignorant la créance ou la dette, n'auront pas songé à faire opposition. Et la compensation s'opérera de plein droit, conformément à la loi commune (2). Il en serait de même si l'héritier bénéficiaire était créancier et débiteur. Toullier dit que la compensation devrait être demandée (3); mais cette opinion n'a aucun fondement ni dans le texte ni dans les principes. Il y a lieu à la compensation dite *facultative* lorsque l'une des conditions de la compensation légale fait défaut, et que le débiteur ou le créancier dans l'intérêt duquel elle est établie y renonce. Quelle est la condition qui manque dans l'espèce? Toutes les conditions étant remplies, la compensation produira ses effets de plein droit.

Il en serait autrement si l'héritier était créancier d'un créancier de la succession. Si le créancier réclame le payement de sa créance contre l'héritier, celui-ci pourra-t-il lui opposer que la créance est éteinte par la compensation

(1) Un arrêt de la cour de Bruxelles du 19 février 1829 décide, en termes trop absolus, que le débiteur d'une succession bénéficiaire ne peut pas compenser ce qu'il doit avec ce qui lui est dû (*Pasicrisie*, 1829, p. 65).
(2) Bordeaux, 4 décembre 1852 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 2682).
(3) Toullier, t. IV, 1, p. 138, n° 380.

de ce que le créancier lui doit? Non, car le demandeur est créancier de l'hérédité et non de l'héritier; donc il n'y a pas de compensation légale (art. 1289) (1). C'est la conséquence directe de la fiction qui admet deux patrimoines et partant deux débiteurs. Mais il y aura lieu à la compensation facultative. En effet, l'héritier, quoiqu'il ne soit pas le débiteur personnel du créancier, en ce sens qu'il n'est pas tenu de le payer sur ses biens personnels, a le droit de le payer; la loi favorise même ce mode de payement en subrogeant l'héritier au créancier (art. 1251, n° 4); or, l'héritier le paye en lui opposant la compensation (2).

Que faut-il décider quand le tiers est créancier de l'héritier et débiteur de l'hérédité? S'il poursuit l'héritier, celui-ci pourra-t-il lui opposer en compensation ce que le demandeur doit à la succession? Non, car c'est la succession qui est créancière, ce n'est pas l'héritier. Toullier dit qu'il peut opposer la compensation, en ce sens que lui deviendra par là débiteur de l'hérédité. Nous répondons que ce serait la subrogation à une dette que la loi n'autorise pas, et il n'y a pas de subrogation légale sans loi.

**167.** L'article 2258 porte que « la prescription ne court pas contre l'héritier bénéficiaire à l'égard des créances qu'il a contre la succession; » mais elle court, d'après l'article 2259, pendant les trois mois pour faire inventaire et les quarante jours pour délibérer. Nous reviendrons sur ces dispositions au titre de la *Prescription*. La cour de Limoges en a fait l'application dans une espèce qui concerne le droit héréditaire. Une succession s'ouvre le 17 mai 1798; l'héritière laisse passer plus de trente ans sans réclamer une créance qu'elle avait contre le défunt; il y avait donc prescription. L'héritière opposa qu'ayant accepté la succession de son père, le 11 mai 1835, sous bénéfice d'inventaire, et l'acceptation remontant au jour de l'ouverture de l'hérédité, elle était censée héritière bénéficiaire dès ce jour; qu'elle pouvait donc invoquer l'article 2258, aux termes duquel la prescription ne courait pas contre elle

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Compensation*, § III, n° VI (t. V, p. 233).
(2) Lyon, 18 mars 1831 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 2679).

pour les créances qu'elle avait contre l'hérédité. La cour rejeta cette prétention, en opposant à l'héritière que la prescription avait couru contre elle, en vertu de l'article 2259, après l'ouverture de l'hérédité, et jusqu'à son acceptation bénéficiaire, qu'elle n'avait cessé de courir que par le fait de son acceptation, et que ce fait ne pouvait pas rétroagir; la suspension de la prescription étant fondée sur une impossibilité d'agir, et rien ne l'ayant empêchée d'agir pour interrompre la prescription avant son acceptation, puisque le successible peut faire les actes conservatoires de son droit. Il résultait de là qu'elle ne pouvait se prévaloir de la suspension de la prescription, à raison de sa qualité d'héritière bénéficiaire, qu'à partir du moment de son acceptation, et alors la prescription de la créance était déjà accomplie (1).

**168.** Les créanciers non opposants qui se présentent lorsque l'actif héréditaire est épuisé. Ont-ils un recours? Il est certain qu'ils n'en ont pas contre l'héritier, car celui-ci en payant les créanciers et légataires, à mesure qu'ils se présentent, ne fait que ce qu'il a le droit et l'obligation de faire; c'est le créancier qui est en faute de se présenter trop tard et sans avoir fait opposition; il doit supporter les conséquences de sa négligence. A-t-il un recours contre les créanciers et les légataires payés à son préjudice?

L'article 809 porte que les créanciers non opposants qui ne se présentent qu'après l'apurement du compte et le payement du reliquat, n'ont de recours à exercer que contre les légataires. On suppose qu'ils se présentent avant l'apurement du compte et le payement du reliquat; ils pourront certainement réclamer ce qui reste encore de l'actif héréditaire, mais si le reliquat ne suffit point pour les désintéresser, ils n'ont de recours que contre les légataires, ils n'en ont pas contre les créanciers. La question est cependant très-controversée. Si elle pouvait être décidée d'après les principes qui régissent les droits des créanciers quand le débiteur est insolvable, on devrait la décider en faveur des créanciers. En effet, l'article 2093 (art. 8 de la loi

(1) Limoges, 16 mars 1838 (Dalloz, au mot *Prescription*, n° 778).

hypothécaire) veut que les créanciers chirographaires soient payés par contribution ; c'est dire que tous doivent perdre proportionnellement au montant de leurs créances ; tandis que, dans l'espèce, il y a des créanciers qui ont été payés intégralement et que d'autres ne reçoivent qu'un payement partiel, ou ne reçoivent rien. Mais la question est de savoir si ces principes sont applicables au bénéfice d'inventaire. Or, la loi ne les applique que lorsque les créanciers forment opposition ; dans ce cas, leurs droits sont réglés conformément à l'article 2093. S'ils ne font pas d'opposition, l'héritier doit les payer sans distinction aucune, à mesure qu'ils se présentent, de sorte que celui qui se présente après le payement du reliquat, fût-il créancier privilégié, ne reçoit rien, alors que de simples créanciers chirographaires ont reçu le payement intégral de leurs créances. Le créancier non opposant qui n'est pas payé ne peut pas dire que les autres créanciers ont reçu ce qui ne leur était pas dû, car, en l'absence d'opposition, ils avaient le droit de réclamer toute leur créance, et l'héritier était tenu de la payer, ils ont donc reçu ce qui leur était dû. Il faudrait un texte pour que le créancier non opposant pût les forcer à restituer ce qu'ils ont reçu. Ce texte existe-t-il? A cela se réduit la difficulté.

On invoque la disposition de l'article 809 et on en déduit un argument *a contrario*. La loi dit que les créanciers qui ne se présentent qu'après le payement du reliquat n'ont de recours à exercer que contre les légataires ; donc s'ils se présentent avant le payement du reliquat, ils doivent encore avoir un autre recours, ce qui ne peut être qu'une action contre les créanciers. L'argument *a contrario* serait admissible si le législateur appliquait le droit commun en matière de succession bénéficiaire ; mais loin de le maintenir, il y déroge par l'article 808 : peut-on se prévaloir du silence de la loi, dans l'article 809, contre la disposition formelle de l'article 808? La question est décidée contre les créanciers par l'article 808 ; on ne peut pas, en se fondant sur le silence de la loi, faire dire au législateur, dans l'article 809, le contraire de ce qu'il a dit dans l'article 808.

Chabot, qui défend très-bien l'opinion contraire, invoque ces mots du deuxième alinéa de l'article 809 : *Dans l'un et l'autre cas, le recours se prescrit par le laps de trois ans*. Les créanciers, dit-il, ont donc un recours dans deux cas. Quels sont ces cas? Les travaux préparatoires nous l'apprennent. D'après le projet du gouvernement, les créanciers non opposants n'avaient de recours que contre les légataires. Sur les observations de la cour de cassation, la section de législation du Conseil d'Etat ajouta une disposition ainsi conçue : « Ceux qui se présentent avant l'apurement peuvent aussi exercer un recours subsidiaire contre les créanciers payés à leur préjudice. » Par suite de cette modification il y avait deux cas de recours, ce qui expliquait la nouvelle rédaction portant : « *Dans l'un et l'autre cas*, le recours se prescrit par le laps de trois ans. » La disposition qui assurait un double recours aux créanciers non opposants ne souleva aucune objection au Conseil d'Etat, mais elle ne s'est plus retrouvée dans la rédaction définitive; on maintint néanmoins les mots, *dans l'un et l'autre cas*. Tels sont les travaux préparatoires que l'on invoque en faveur des créanciers. On dit que c'est par erreur que la disposition qui leur donnait un double recours a été retranchée. Ceci est une simple allégation, sans preuve aucune. Tout ce que nous savons, c'est que le texte actuel ne donne plus de recours contre les créanciers; il en résulte que les mots, *dans l'un et l'autre cas*, n'ont plus de sens. La loi ne prévoit qu'un seul cas de recours; ce qui est décisif, d'autant plus que la rédaction actuelle de l'article 809 est une conséquence logique du principe établi par l'article 808 (1). La jurisprudence est en ce sens (2).

**169**. Les créanciers non opposants ont un recours contre les légataires, alors même qu'ils se présentent après l'apurement du compte et le payement du reliquat. Pothier nous en dit la raison. Un testateur ne peut pas valable-

(1) Aubry et Rau sur Zachariæ, t. IV, p. 359, note 33; Demolombe, t. XV, p. 345, n° 325 et les auteurs qu'ils citent. En sens contraire, Chabot, t. II, p. 211, n° 5 et p. 214, n° 3; Marcadé, t. III, p. 192, n° II de l'article 809.

(2) Arrêt de cassation du 4 avril 1832 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 925, 1°). Montpellier, 14 mars 1850 (Dalloz, 1854, 5, 727).

ment léguer au delà des forces de sa succession; Pothier en conclut que si les légataires ont été payés alors qu'il y a encore des dettes, la succession a une action en répétition contre les légataires, parce qu'elle a payé ce qu'elle en devait pas; de là suit que les créanciers, exerçant les droits de la succession, pourront agir en répétition contre les légataires (1). Les motifs donnés par Pothier sont plus subtils que vrais. Au point de vue des principes généraux, il est vrai de dire que les légataires ont reçu ce qui ne leur était pas dû, mais cela n'est pas vrai dans le système que le code a consacré; en effet, l'article 808 met les légataires sur la même ligne que les créanciers; l'héritier doit payer les uns comme les autres dès qu'ils se présentent; en ce sens, ils reçoivent ce qui leur est dû; il ne peut donc pas s'agir d'une répétition de l'indû. Aussi le code ne se sert-il pas de cette expression, il ne parle que d'un recours; et il limite ce recours à trois ans, tandis que l'action en répétion de l'indû dure trente ans. C'est que les légataires ont réellement reçu ce qui leur était dû ; si la loi accorde une action récursoire contre eux aux créanciers, c'est par un motif d'équité, qui fait préférer les créanciers aux légataires, les uns cherchant à éviter une perte et les autres voulant faire un bénéfice; mais cette même considération d'équité demande que les légataires ne restent pas trop longtemps dans l'incertitude sur le sort de leurs legs. Voilà pourquoi la loi établit la courte prescription de trois ans. Elle commence à courir à partir du jour de l'apurement du compte et du payement du reliquat. La loi est si formelle que nous ne comprenons pas le dissentiment de Duranton; il est inutile de combattre une opinion qui est en contradiction avec le texte du code (2).

**170.** Il peut y avoir des créanciers opposants et des créanciers non opposants. Ceux-ci ne profitent pas de l'opposition formée par les premiers. Par conséquent ils n'auront de recours que contre les légataires, tandis que

(1) Pothier, *Des successions*, chap. III, sect. III, art. II, § VI.

(2) Zachariæ, édition d'Aubry et Rau, t. IV, p. 361 et note 35, et les auteurs qui y sont cités. En sens contraire, Duranton, t. VII, p. 94, n° 35. Comparez Demolombe, t. XV, p. 341, nos 319, 320.

les opposants auront une action contre les créanciers payés à leur préjudice. Le texte est formel et les principes ne laissent aucun doute. D'après l'article 809, les créanciers *non opposants* n'ont de recours que contre les légataires ; la loi est absolue, elle ne distingue pas s'il y a ou non d'autres créanciers opposants. Et il n'y avait pas lieu de distinguer dans le système du code. Le droit d'opposition étant un droit individuel (n° 158), l'opposition ne peut profiter qu'à ceux qui la forment; elle ne peut pas être invoquée par les non-opposants ; ce serait se prévaloir du droit des tiers, ce que les principes ne permettent pas (1).

IV. *Des légataires.*

**171.** Les légataires peuvent-ils réclamer leurs legs avant que les créanciers soient payés ? En principe, non, lorsque la succession est insolvable. Pothier vient de nous le dire : le testateur ne peut pas léguer ce qu'il n'a point. Mais l'article 808 modifie ce principe : S'il n'y a pas de créanciers opposants, l'héritier paye les légataires aussi bien que les créanciers, à mesure qu'ils se présentent. C'est une obligation pour l'héritier (n° 164); les légataires ont donc le droit d'exiger le payement de leurs legs. La loi ne maintient le droit de préférence des créanciers que lorsqu'ils ont formé opposition ; il est défendu, en ce cas, à l'héritier de payer jusqu'à ce que l'ordre ait été réglé par le juge ou par les parties intéressées, et dans cet ordre naturellement les créanciers priment les légataires. Il a été jugé que les légataires ne pouvaient être payés qu'après les créanciers, alors même que le testateur aurait ordonné à ses héritiers de délivrer les legs dans les trois mois de son décès et avant tout partage; cette obligation ne pouvait plus être invoquée par les légataires après l'acceptation sous bénéfice d'inventaire, puisque, en cas d'opposition, l'héritier bénéficiaire ne peut payer que dans l'ordre établi par la loi. Dans l'espèce, les légataires avaient pris inscription sur les immeubles de l'hérédité et demandé la séparation

(1) Aubry et Rau sur Zachariæ, t. IV, p. 359, note 31.

des patrimoines; mais cela ne leur assurait point une préférence à l'égard des créanciers de la succession, la séparation n'ayant d'effet qu'à l'égard des créanciers de l'héritier (1).

La jurisprudence française s'est écartée de la rigueur du texte. Nous avons déjà dit qu'elle admet qu'il y a opposition par cela seul qu'un créancier a fait connaître ses droits ou ses prétentions à l'héritier, ce qu'il est difficile de concilier avec l'article 808 qui exige une opposition, et avec la doctrine de Pothier qui voulait une saisie-arrêt (n° 157). Quand les créanciers se trouvent en conflit avec les légataires, la jurisprudence se montre encore plus favorable aux créanciers. Il a été jugé par la cour de cassation que lorsqu'un procès-verbal de liquidation constatait que l'actif de la succession se trouve absorbé par les frais privilégiés de la succession et par les créances héréditaires résultant de jugements de condamnation, les légataires ne sont pas admis à se prévaloir du défaut d'opposition. Sans doute, si le législateur avait prévu la difficulté, il l'aurait décidée en ce sens; mais appartient-il au juge de créer une exception? La cour de cassation a si souvent décidé que les exceptions sont de rigoureuse interprétation; et voici qu'elle fait une exception à un texte absolu, celui de l'article 808 qui n'admet aucune distinction (2). Les cours d'appel ont suivi la cour suprême dans cette voie qui aboutit à transformer le juge en législateur. Il a été jugé que si les créanciers ont reçu des à-compte de l'héritier, cela suffit pour que les légataires ne puissent pas réclamer leurs legs tant que ces créanciers ne sont pas payés. Le même arrêt décide que les legs ne peuvent pas être réclamés au préjudice des créances de l'héritier bénéficiaire. De là la cour a conclu que les sommes léguées ne pouvaient être compensées avec celles dues par les légataires à la succession (3). Ces décisions sont parfaites au point de vue de l'équité; mais nous ne voyons pas comment on peut les concilier avec le texte de l'article 808.

(1) Bruxelles, 12 août 1864 (*Pasicrisie*, 1864, 2, 385).
(2) Arrêt de cassation du 25 novembre 1861 (Dalloz, 1861, 1, 457).
(3) Dijon, 20 janvier 1870 (Dalloz, 1870, 2, 157).

**172.** Lorsque l'actif de la succession ne suffit pas pour payer tous les legs, ils doivent être réduits, car entre légataires il n'y a pas de préférence légale. Comment la réduction se fera-t-elle? La cour de cassation a jugé que la réduction doit se faire conformément aux règles établies par les articles 926 et 927. Nous reviendrons sur la question au titre des *Donations*, qui est le siége de la matière.

**173.** La loi donne aux créanciers le droit de former opposition ; elle ne parle pas des légataires. On admet, et avec raison, qu'il faut appliquer l'article 808 par analogie aux légataires. Il y a, en effet, même motif de décider. Quand il y a plusieurs légataires et que l'actif de la succession ne suffit pas pour les payer intégralement, tous doivent subir une réduction proportionnelle ; cependant, à défaut d'opposition, l'héritier est obligé de payer ; il importe donc aux légataires de sauvegarder leurs droits en formant opposition ; ils ne demandent que l'application du droit commun, ce qu'on ne peut pas leur refuser. Quel sera le droit des légataires opposants? Ici encore il faut procéder par analogie et décider que l'héritier ne peut pas payer les legs, jusqu'à ce que l'ordre et la manière du payement aient été réglés par les parties intéressées ou par le juge. Si l'héritier acquittait les legs au mépris des oppositions, les légataires auraient une action contre lui et un recours subsidiaire contre les légataires payés à leur préjudice. On peut et l'on doit procéder par voie d'analogie, puisqu'il s'agit d'appliquer les principes généraux de droit. Quant aux légataires non opposants, ils ne peuvent pas avoir de recours, au moins dans l'opinion que nous avons enseignée sur le sens de l'article 809 combiné avec l'article 808 (1).

Les légataires ont tous le droit de former tierce opposition aux jugements qui leur portent préjudice. Il a été décidé qu'ils ont ce droit lorsqu'un jugement a attribué à un légataire l'entier reliquat d'une succession bénéficiaire. En principe, le reliquat appartient à tous les légataires, à moins que le testateur n'ait ordonné que tel legs soit payé

(1) Demolombe, t. XV, p. 326, n° 297 ; p. 335, n° 307 ; p. 353, n° 328.

de préférence aux autres; le jugement préjudiciait don à leurs droits, ce qui suffisait pour rendre la tierce opposition recevable. On ne pouvait pas leur objecter que le jugement les liait comme ayant été rendu contre l'héritier bénéficiaire, car l'héritier n'a aucune qualité pour représenter les légataires, quand le débat s'agite entre eux (1).

### N° 5. COMPTE DE L'HÉRITIER BÉNÉFICIAIRE.

#### I. *Quand et dans quelle forme doit-il rendre compte?*

**174.** L'article 803 dit que l'héritier bénéficiaire est chargé d'administrer les biens de la succession, et qu'il doit rendre compte de son administration aux créanciers et aux légataires. C'est l'application du droit commun : tous ceux qui administrent dans l'intérêt d'autrui doivent rendre compte de leur gestion; or, l'héritier bénéficiaire, quoiqu'il soit propriétaire des biens de l'hérédité, les administre dans l'intérêt des créanciers et légataires; en tant que l'administration est une charge, elle est établie exclusivement dans leur intérêt, dès lors l'héritier leur doit compte.

Tout compte se rend quand la gestion est terminée, à moins que l'administrateur ne soit aussi tenu de rendre des comptes pendant la durée de sa gestion. La loi n'obligeant l'héritier bénéficiaire qu'à un seul compte, il le rend lorsque la liquidation de la succession est achevée. Il a été jugé que l'héritier n'est pas tenu de rendre compte après qu'il a vendu les biens de la succession; c'est seulement quand le prix est distribué aux créanciers et aux légataires que le compte peut être rendu, car l'objet principal du compte est de faire connaître aux parties intéressées que tout l'actif héréditaire leur a été distribué, et de fixer le montant du reliquat, s'il y en a (2).

**175.** L'article 995 du code de procédure porte que l'on doit observer, pour la reddition du compte du bénéfice

(1) Arrêt de rejet de la chambre civile du 22 août 1827 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 929).

(2) Bruxelles, 16 novembre 1831 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 895).

d'inventaire, les formes prescrites au titre *des Redditions de comptes*. Cela suppose que les parties intéressées ne s'entendent pas. Si tous les créanciers et légataires y consentent, le compte peut être rendu à l'amiable. On ne recourt à la justice que lorsqu'il y a contestation. Chabot ajoute que toutes les parties doivent avoir la libre disposition de leurs droits pour faire un compte à l'amiable (1). Est-ce à dire que le compte doive être rendu en justice lorsqu'il y a des incapables? Non; la loi ne dit pas cela. Si l'héritier est mineur, le tuteur administre, et celui qui a capacité pour administrer est aussi capable de rendre compte. S'il y a des mineurs parmi les créanciers et les légataires, ils seront représentés par leurs tuteurs, et les mineurs émancipés seront assistés de leur curateur; avec cette assistance ils peuvent recevoir le compte de tutelle, et par conséquent le compte de gestion de l'administration bénéficiaire. Quant aux femmes mariées, elles doivent être autorisées de leur mari.

Les formes de la reddition de compte qui se fait en justice ne sont pas de notre compétence; il nous suffit de remarquer que tout compte doit contenir les recettes et dépenses effectives, et se termine par la balance de la recette et de la dépense; s'il y a encore des objets à recouvrer, on en fait un chapitre particulier. C'est la disposition de l'article 533, et elle s'applique naturellement au compte qui se rend à l'amiable.

### II. *Les recettes.*

**176.** Le chapitre des recettes comprend toutes les sommes et les effets mobiliers portés à l'inventaire, le montant des créances recouvrées, le prix de la vente des meubles et des immeubles, les fruits et revenus des biens. Dans l'opinion que nous avons enseignée, l'héritier bénéficiaire doit rendre compte de tout ce dont il a profité à l'occasion de la succession (n° 141).

**177.** Si, parmi les biens de la succession, il y a des

(1) Chabot, t. II, p. 194, n° 3 de l'article 802.

rentes, l'héritier en doit compte. Il a été jugé qu'il n'est pas obligé d'en rembourser le capital (1); cela va sans dire; mais les rentes, de même que toutes les valeurs, doivent être réalisées; l'héritier doit donc les vendre et porter le prix au chapitre des recettes. Il en est de même des rentes sur l'État; quoiqu'elles soient insaisissables, l'héritier en doit compte, non-seulement des intérêts et arrérages, mais aussi du capital (n° 139); il doit donc les vendre au cours du jour. Si les rentes n'ont pas été aliénées, elles devront figurer au chapitre des recettes. C'est ce qu'a décidé le même arrêt de la cour de cassation, et vraiment il n'y avait pas lieu à contestation.

**178.** Si l'héritier bénéficiaire vend ses droits successifs, doit-il porter en compte le prix qu'il a reçu? Il y a un motif de douter. On pose en principe, comme nous venons de le dire, que l'héritier doit compte de tout ce qu'il a reçu à cause de la succession; n'en faut-il pas conclure qu'il doit porter en recette le prix qu'il a touché? Les auteurs s'accordent à répondre négativement : l'héritier doit compte des biens et des revenus; or, en cas de vente, les biens et revenus devront figurer au chapitre des recettes, donc les créanciers n'y perdent rien. Quant au prix de vente, ce n'est ni un bien ni un revenu, l'acheteur le paye comme équivalent de la valeur de l'actif héréditaire, déduction faite des dettes; or, l'excédant de l'actif sur le passif appartient à l'héritier, donc le prix doit aussi lui appartenir. Peu importe après cela qu'il y ait un excédant ou non; s'il n'y en a pas, l'acheteur sera en perte, le vendeur en profitera; mais le vendeur peut aussi y perdre si l'excédant est plus considérable qu'on ne s'y attendait. Ces chances de gain et de perte regardent les parties contractantes et sont étrangères aux créanciers et légataires (2).

(1) Arrêt de rejet du 10 août 1840 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 892)

(2) Voyez les auteurs cités par Dalloz, au mot *Succession*, n° 957, et par Demolombe, t. XV, p. 181, n° 184.

III. *Les dépenses.*

**179.** Le chapitre des dépenses comprend d'abord les dettes et les legs que l'héritier a acquittés. S'il est créancier, peut-il porter en compte les sommes qu'il s'est payées lui-même? L'affirmative ne nous paraît pas douteuse. C'est une conséquence évidente du principe qu'il peut se payer lui-même, et ce principe est admis par tout le monde (n° 165). Il suit de là que s'il ne s'est pas payé, il peut porter en compte le montant des sommes qui lui sont dues; elles se compenseront avec les sommes dont il est reliquataire. Le contraire a été jugé par la cour de cassation. Dans l'espèce, les enfants héritiers bénéficiaires avaient porté au chapitre des dépenses : 1° une somme de 30,000 francs, montant de la dot constituée à leur mère; 2° une somme de 20,000 francs pour la donation faite à celle-ci par son mari; 3° un gain de survie de 3,000 fr.; 4° la dot de 20,000 francs que les père et mère avaient constituée conjointement à un de leurs enfants. Il en résultait que le passif excédait de beaucoup l'actif, de sorte qu'il ne restait rien pour payer une créance réclamée contre la succession. La cour de Bordeaux admit ce compte; mais son arrêt fut cassé par le motif que le compte ne pouvait comprendre que la dépense effective, que par suite les héritiers ne pouvaient pas porter en compte des dépenses non encore effectuées (1). La cour n'a-t-elle pas confondu les créances dues à des tiers et celles qui sont dues aux héritiers? Quand il y a des tiers créanciers, alors sans doute ces créances ne peuvent figurer au compte des dépenses que si elles ont réellement été payées, et si le payement en est justifié; mais quand il s'agit de créances dues à l'héritier, tout ce qu'il doit justifier, c'est l'existence de ces créances; dans l'espèce, les créances résultaient d'actes notariés; le chiffre en était donc authentiquement établi, dès lors les héritiers pouvaient se payer avec les valeurs qui composaient l'actif héréditaire, et ils constataient ce

(1) Arrêt de cassation du 27 juillet 1853 (Dalloz, 1853, 1, 255).

payement en portant leurs créances au chapitre des dépenses.

Ne fallait-il pas aller plus loin et décider que les créances des héritiers étaient payées par voie de compensation? L'affaire revint devant la cour de cassation; les héritiers opposèrent la compensation des sommes à eux dues par la succession, et de la dette résultant à leur charge des sommes qu'ils avaient touchées en qualité d'héritiers bénéficiaires. L'arrêt reconnaît que s'il n'y a pas de créanciers opposants, l'héritier bénéficiaire, qui est créancier, peut se payer immédiatement; mais, dit-il, ce payement ne saurait résulter de ce qu'il avait entre les mains des sommes suffisantes pour se payer, alors qu'il n'existe aucun *acte* d'où il résulte qu'il a été approprié, à titre de payement, des valeurs de la succession. Ici, nous semble-t-il, il y a erreur. Où est la loi qui exige un *acte* constatant que l'héritier s'est payé? Dire qu'il peut se payer lui-même, n'est-ce pas dire qu'il peut s'approprier les valeurs héréditaires en justifiant qu'il est créancier? Et s'il est authentiquement constaté qu'il est créancier de 10,000 fr., ne peut-il pas se payer avec les 10,000 francs qu'il touche comme héritier? pour mieux dire, la loi ne fait-elle pas ce payement par voie de compensation? l'héritier créancier de 10,000 francs, et devenu débiteur de 10,000 francs, ne peut-il pas opposer que sa dette se compense de plein droit avec sa créance? L'arrêt objecte que l'héritier n'est constitué débiteur qu'en vertu de son compte, et que le compte seul détermine la somme qu'il doit (1). Sans doute si la somme qu'il doit n'est pas liquide, la compensation ne peut pas se faire de plein droit; mais est-il exact de dire que la dette de l'héritier ne devient liquide que par le compte? C'est une question de fait. Quand l'héritier touche 10,000 francs pour la succession, il est débiteur de ces 10,000 francs, sa dette est certaine et ne dépend pas du compte qu'il rendra; pourquoi cette dette ne compenserait-elle pas une créance de valeur égale? En tout cas, la com-

(1) Arrêt de rejet du 23 juin 1856 (Dalloz, 1856, 1, 262).

pensation devait se faire, lors du compte, entre la dette des héritiers et leur créance.

**180.** L'article 810 porte que les frais de scellés, d'inventaire et de compte sont à la charge de la succession. En principe, les frais sont supportés par celui dans l'intérêt duquel ils sont faits; or, quand il y a acceptation sous bénéfice d'inventaire, l'héritier a des obligations à remplir dans l'intérêt des créanciers et légataires, afin de leur assurer tout l'actif de l'hérédité; il est donc juste qu'ils supportent les frais. Il en résulte que pour ces frais l'héritier a un privilége, en ce sens qu'ils sont prélevés sur l'actif héréditaire avant que les créances et les legs soient acquittés. La loi ne parle pas des frais de vente; ce sont, dans le système du code, des frais judiciaires, puisque la vente se fait dans les formes prescrites par le code de procédure; or, il est juste que les créanciers et légataires supportent les frais qui sont nécessaires pour que l'actif de l'hérédité leur puisse être distribué. En ce sens, ces frais sont privilégiés (loi hypothécaire, art. 17 et 19; code civil, art. 2101, n° 1) (1). En est-il de même des frais des procès soutenus par l'héritier bénéficiaire dans l'intérêt de la succession? Il est certain que l'héritier peut porter ces frais en compte; c'est le droit commun pour tout administrateur qui plaide dans l'intérêt de ceux dont il est le mandataire; mais la question est desavoir si ces frais sont privilégiés à l'égard de tous les créanciers. On sait que les frais de justice ne sont privilégiés qu'à l'égard des créanciers dans l'intérêt desquels ils ont été faits. La cour de cassation a appliqué ce principe aux frais des procès que l'héritier soutient contre le créancier dont il conteste le droit; on ne peut pas dire que ces frais ont été faits dans l'intérêt du créancier, puisque le procès tendait à écarter sa créance; mais ils ont été faits dans l'intérêt des autres créanciers, alors même que l'héritier a succombé; cela n'empêche pas qu'il n'ait plaidé dans l'intérêt général. Il suit de là que ces frais seront privilégiés à l'égard de tous

(1) Demolombe, t. XV, p. 360, nos 339 et suiv. Bordeaux, 2 avril 1853 (Dalloz, 1853, 2, 242); Paris, 19 janvier 1854 (Dalloz, 1854, 2, 210).

les créanciers, sauf celui contre lequel l'héritier a soutenu le procès (1). Ces règles reçoivent exception lorsque l'héritier a été condamné personnellement aux dépens, sans répétition, pour avoir compromis les intérêts de son administration (C. de pr., art. 132).

**181**. L'héritier peut-il porter en compte les droits de mutation, et a-t-il un privilége de ce chef? Une discussion des plus graves a eu lieu devant la cour de cassation au sujet de l'impôt de mutation que l'héritier bénéficiaire est obligé de payer. La cour de Paris avait décidé que cet impôt se prélevait sur la succession : c'était reconnaître à l'Etat plus qu'un privilége, car le prélèvement implique un droit de copropriété. En effet, l'organe du ministère public avait conclu en ce sens. « L'impôt ordinaire, avait dit le premier avocat général, est le prélèvement d'une fraction du revenu annuel au profit de l'Etat, qui, à ce prix, assure au possesseur une jouissance paisible; de même le droit de mutation est le prélèvement d'une fraction du capital au profit de l'Etat, qui assure à chacun le droit de disposer des biens dont l'Etat a été le propriétaire primitif, et de les transmettre dans l'ordre de ses affections et ses préférences. » Cette proposition fut vivement combattue par le conseiller Laborie, dans un excellent rapport. Au dix-huitième siècle, Rousseau avait proclamé le droit de l'Etat dans son *Contrat social* : « L'Etat, à l'égard de ses membres, est maître de tous leurs biens, par le contrat social qui, dans l'Etat, sert de base à tous les droits. » Cette doctrine, qui aboutit au pire des socialismes, a toujours été repoussée par les légistes, défenseurs-nés de la propriété. Au dix-septième siècle, les gens d'église persuadèrent à Louis XIV qu'il était propriétaire de tous les biens de ses sujets (2). Lebret protesta contre la honteuse et servile flatterie de ceux qui soutenaient que les sujets ne possédaient leurs biens qu'à titre de précaire, et que la propriété en appartenait au prince par droit de

(1) Arrêt de cassation du 25 avril 1854 (Dalloz, 1854, 1, 137), sur les conclusions contraires de l'avocat général Nicias-Gaillard. Comparez Demolombe, t. XV, p. 363, n° 345.

(2) Voyez mon *Etude sur la politique royale*.

souveraineté. La doctrine des légistes est celle du code; elle a été formulée énergiquement par Portalis; il demande quel est le droit de l'Etat sur les biens des particuliers, et il répond « qu'au citoyen appartient la propriété et à l'Etat l'empire. » Que sont les impôts dans cet ordre d'idées? « Nous convenons, dit Portalis, que l'Etat ne pourrait subsister s'il n'avait les moyens de pourvoir aux frais de son gouvernement; mais, en se procurant ces moyens par la levée des subsides, le souverain n'exerce pas un droit de propriété, il n'exerce qu'un simple droit d'administration. » Il résulte de là que l'impôt n'est pas une dette des biens, il ne donne pas à l'Etat un droit réel, il ne démembre pas la propriété des citoyens; c'est une dette personnelle à raison ou à l'occasion des choses qui leur appartiennent. Ce qui est vrai de tous les impôts l'est aussi du droit de mutation. L'Etat n'a pas même de privilége pour la perception de cet impôt; il n'y a de privilége qu'en vertu d'un texte formel, et aucune loi ne donne un droit de préférence à l'Etat pour les droits de mutation.

La cour de cassation consacra ces principes en cassant les arrêts qui avaient reconnu à l'Etat, soit un droit de prélèvement, soit un privilége. Toutefois il se présente une difficulté en ce qui concerne l'héritier bénéficiaire. La cour décide qu'il est tenu personnellement de payer l'impôt de mutation; quel recours aura-t-il contre la succession? S'il a payé les droits des deniers de la succession, il va sans dire qu'il peut les porter en compte, c'est une dépense qu'il a faite comme héritier bénéficiaire, et que les créanciers auraient dû supporter si l'hérédité avait été vacante. Si l'héritier a payé l'impôt de ses deniers, il est subrogé au fisc et exerce par conséquent contre la succession les droits de l'administration, donc sans privilége, puisque l'administration elle-même n'en a pas (1). Cela est logique au point de vue des principes qui régissent l'impôt de mutation, mais cela n'est-il pas en opposition avec les principes du bénéfice d'inventaire? L'héritier paye l'impôt en sa qualité d'héritier; or, tout ce qu'il dépense en cette qualité, il

(1) Arrêt de cassation du 23 juin 1857 (Dalloz, 1857, 1, 233).

a le droit de le porter en compte à titre de frais : pourquoi ne pourrait-il pas porter au chapitre des dépenses les droits de mutation qu'il a dû acquitter? Ces frais, comme tous les autres, seraient payés avant les dettes; il en résulterait une préférence, donc un privilége. Ici il y a conflit entre la loi fiscale et la loi civile : à l'égard du fisc, l'héritier est débiteur personnel et il n'a pas de privilége pour son recours : à l'égard des créanciers de la succession, l'héritier doit être indemnisé de toutes les dépenses qu'il a été obligé de faire; à leur égard, il n'est tenu que jusqu'à concurrence de la valeur des biens qu'il recueille, et les frais qu'il fait sont payés de préférence aux dettes. La contradiction est dans les lois, il faut donc l'admettre : l'hériter payera les droits de mutation comme débiteur personnel, et il les portera dans son compte comme frais de gestion (1).

### IV. *Sanction.*

**182**. L'article 803, qui impose à l'héritier bénéficiaire l'obligation de rendre compte, ajoute : « Il ne peut être contraint sur ses biens personnels qu'après avoir été mis en demeure de présenter son compte, et faute d'avoir satisfait à cette obligation. Après l'apurement du compte, il ne peut être contraint sur ses biens personnels que jusqu'à concurrence seulement des sommes dont il se trouve reliquataire. » Ainsi la sanction de l'obligation qui incombe à l'héritier de rendre compte, consiste dans le droit donné aux créanciers de le contraindre sur ses biens personnels, s'il ne présente pas son compte; et ils peuvent le poursuivre pour le montant intégral de leurs créances; cela résulte de l'opposition que la loi établit entre le cas où l'héritier présente son compte et celui où il ne le présente pas. Est-ce à dire que, dans ce dernier cas, l'héritier soit déchu de son bénéfice? En apparence, il devient héritier pur et simple, puisqu'il peut être contraint sur ses biens

(1) Comparez Paris, 19 janvier 1854 (Dalloz, 1855, 2, 210), et Demolombe, t. XV, p. 365, n° 346.

personnels; en réalité, il dépend de lui de ne pas être contraint sur ses biens personnels, il n'a qu'à rendre compte, alors il ne doit aux créanciers que le reliquat. Donc il conserve son bénéfice. Que s'il s'obstine à ne pas présenter son compte, il pourra, à la vérité, être poursuivi personnellement et *ultra vires*, mais aussi il est plus que probable que, dans ce cas, les biens de l'hérédité suffisent pour payer intégralement les créanciers, et que c'est pour cette raison que l'héritier ne prend pas la peine de rendre compte (1).

Suffit-il que l'héritier ne rende pas compte pour que les créanciers aient le droit de le contraindre sur ses biens personnels? Non, la loi exige qu'il ait été mis en demeure de présenter son compte, et qu'il n'ait pas satisfait à cette obligation. En général, le débiteur est mis en demeure par une sommation ou autre acte équivalent (art. 1139). Ce principe reçoit-il son application en matière de compte? On l'a prétendu; mais le code de procédure établit une règle speciale en cette matière. L'article 995 veut que l'on observe pour le compte du bénéfice d'inventaire les formes prescrites au titre des *Redditions de compte*, et il résulte de l'article 530 que les comptables ne sont constitués en demeure que lorsque le juge leur a fixé un délai pour le rendre, et qu'ils ont laissé écouler ce délai sans le présenter (2).

**183.** L'héritier bénéficiaire doit-il l'intérêt des capitaux héréditaires? Non, la loi ne lui impose pas cette obligation : il y a, sous ce rapport, une grande différence entre l'héritier et le tuteur. Celui-ci doit placer les capitaux, parce qu'il administre pour accroître la fortune du mineur · tandis que l'héritier administre pour liquider la succession : aussi la loi l'oblige-t-elle de tenir toujours les deniers héréditaires à la disposition des créanciers (art. 808). La jurisprudence est en ce sens(3). Mais il se peut que l'héritier

(1) Marcadé, t. III, p. 188, n° I de l'article 803. Demolombe, t. XV, p. 177, n° 160; p. 286, n° 257 et p. 356, n° 331. Et la jurisprudence dans Dalloz, au mot *Succession*, n° 897.
(2) Bruxelles, 20 octobre 1829 (*Pasicrisie*, 1829, p. 262).
(3) Bourges, 18 juillet 1828 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 926). Paris, 9 novembre 1843 (Dalloz, 1845, 4, 489).

place les sommes qui se trouvent dans l'hérédité ou qu'il recouvre; s'il y a des créanciers opposants, et si la liquidation menace d'être longue, son propre intérêt l'engagera à placer les capitaux héréditaires; dans ce cas, il doit compte des intérêts qu'il perçoit, mais non de ceux que les créanciers auraient pu percevoir; car il ne faut pas oublier qu'il gère comme propriétaire tout ensemble et comme administrateur (1).

Il y a encore d'autres cas dans lesquels l'héritier doit les intérêts. L'article 1996 porte que le mandataire doit l'intérêt des sommes qu'il a employées à son usage, à dater de cet emploi; et de celles dont il est reliquataire, à compter du jour où il est mis en demeure. On enseigne généralement que cette disposition est applicable à l'héritier bénéficiaire. Il y a cependant un motif de douter : l'héritier est-il le mandataire des créanciers et légataires? Nous croyons que l'article 803 décide la question; il est mandataire légal, en ce sens que la loi l'oblige d'administrer et de rendre compte aux créanciers et légataires dont il gère les intérêts. L'article 1996 est d'ailleurs en harmonie avec les principes qui régissent le bénéfice d'inventaire. Si l'héritier emploie à son usage des sommes appartenant à l'hérédité, il tire profit d'un bien héréditaire, il en doit par conséquent compte comme de tout autre profit (n° 144). Quant au reliquat, il ne doit pas les intérêts de plein droit, il n'en est tenu qu'après avoir été mis en demeure; si, après avoir été constitué en demeure, il ne paye pas le reliquat, il cause un préjudice aux créanciers, et il est juste qu'il le répare en payant des intérêts moratoires (2).

On a agité devant la cour de Paris la question de savoir si l'héritier bénéficiaire était tenu de l'intérêt des intérêts à partir du jour de la demande. Le nom des défendeurs donnait de l'intérêt au débat : on réclamait contre les héritiers bénéficiaires du duc d'Orléans le payement d'une obligation souscrite en 1790 au profit du marquis de Lagrange par le duc d'Orléans, plus les intérêts du capital

(1) Poujol, t. I, p. 508, n° 10 de l'article 803. Zachariæ, édition d'Aubry et Rau, t. IV, p. 354 et note 18. Demolombe, t. XV, p. 286, n° 257.
(2) Zachariæ, édition d'Aubry et Rau, t. IV, p. 354 et note 19.

de 400,000 livres, ainsi que les intérêts des intérêts à partir de la demande. Sur ce dernier point, adjugé par le tribunal de première instance, il y eut appel. La cour de Paris décida que la condamnation des intérêts d'intérêts échus est une véritable condamnation de dommages-intérêts, que le débiteur ne peut être tenu de dommages-intérêts que s'il est en demeure de remplir son obligation. Or, dit l'arrêt, l'héritier bénéficiaire n'est pas personnellement débiteur, il n'est responsable que des fautes graves qu'il commet dans son administration et n'est obligé, à l'égard des créanciers, qu'à leur rendre compte de sa gestion. La cour conclut que le demandeur ne prouvant ni faute grave, ni retard de rendre compte, il n'y avait pas lieu de lui accorder les intérêts des intérêts (1). Cette décision nous laisse des doutes. Remarquons d'abord qu'elle s'appliquerait aussi aux intérêts moratoires, c'est-à-dire aux intérêts simples que les créanciers réclameraient en vertu de l'article 1996; car les intérêts moratoires sont aussi des dommages-intérêts, la demeure impliquant que le débiteur cause un dommage au créancier par le retard qu'il met à remplir son obligation; ce serait donc dire que les articles 1153 et 1154 ne s'appliquent pas à l'héritier bénéficiaire, parce qu'il n'est pas débiteur personnel. Nous n'admettons pas le principe ni la conséquence. L'héritier bénéficiaire est débiteur personnel comme représentant du défunt, seulement il n'est pas obligé *ultra vires* (n° 90); dès lors les articles 1153 et 1154 deviennent applicables; seulement l'héritier bénéficiaire ne sera tenu des intérêts et de l'intérêt des intérêts que dans la limite de l'actif héréditaire qu'il recueille : là est l'exception que reçoivent les principes généraux concernant les droits des créanciers.

(1) Paris, 14 mai 1819 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 928).

## SECTION IV. — Des successions vacantes.

### § Ier. *Quand les successions sont-elles vacantes*

#### No 1. CONDITIONS.

**184.** L'article 811 détermine les conditions requises pour qu'une succession soit vacante. Il faut d'abord que, après l'expiration des délais pour faire inventaire et pour délibérer, il ne se présente personne qui réclame une succession. Il suit de là que, pendant les délais pour faire inventaire et pour délibérer, la succession n'est jamais vacante. La loi devait laisser un délai quelconque à ceux qui sont appelés à une succession pour la réclamer; elle a choisi les délais qui sont accordés au successible pour faire inventaire et délibérer, parce que d'ordinaire s'il y a des prétendants, ils ne manqueront pas de se présenter immédiatement après la mort du défunt. Il résulte de là que pendant trois mois et quarante jours une succession peut être à l'abandon, sans que l'on puisse nommer un curateur pour la représenter. Cela n'empêche pas les parties intéressées de provoquer des mesures conservatoires. Les créanciers peuvent requérir l'apposition des scellés; s'il y a des prescriptions à interrompre, ils pourront demander que le tribunal nomme un administrateur chargé d'agir. Demante l'appelle un curateur *ad hoc;* l'expression est bien choisie; elle marque le droit du tribunal et les limites dans lesquelles il doit l'exercer. S'il peut nommer un curateur définitif après le délai de trois mois et quarante jours, il doit avoir le droit de nommer un curateur provisoire chargé de prendre les mesures urgentes que nécessite la conservation de l'hérédité (1).

**185.** Que faut-il entendre par ces mots de l'article 811: *il ne se présente personne qui réclame une succession?* Quand on s'en tient au texte et à l'esprit de la loi, on ne se douterait jamais que la question est controversée; le

(1) Demante, t. III, p. 209, no 135 *bis* V.

texte la décide et l'esprit ne laisse aucun doute. Le législateur s'est servi des termes les plus généraux pour indiquer tous ceux qui à un titre quelconque ont droit à une succession; donc les héritiers légitimes, les successeurs irréguliers, les légataires universels, les donataires universels; tous ces successeurs ont le droit de recueillir les biens délaissés par le défunt; s'ils se présentent pour les recueillir, on ne peut pas dire que la succession soit vacante, car l'idée d'une succession vacante implique que personne ne l'occupe, ne la possède; or, si un successeur quelconque se présente pour la réclamer, on ne peut plus dire que personne ne l'occupe, puisqu'il y a un successeur qui se met en possession ou qui demande la possession (1). Objectera-t-on que, si c'est un héritier légitime, il n'a pas besoin de *réclamer* puisqu'il est saisi? Cela est très-vrai; mais il est vrai aussi qu'il doit manifester la volonté de recueillir l'hérédité par un acte quelconque, c'est ce que la loi appelle réclamer une succession; elle a employé cette expression pour y comprendre tous les successeurs, ceux qui n'ont pas la saisine aussi bien que ceux qui l'ont. Donc si un successeur irrégulier se présente pour recueillir la succession, celle-ci ne sera pas vacante; ainsi elle ne sera pas vacante si l'Etat la réclame. La loi le dit et le bon sens suffit pour le décider. L'Etat succède lorsqu'il n'y a ni héritiers légitimes ni successeurs irréguliers appelés avant lui; donc quand il réclame l'hérédité, il y a un successeur qui demande la possession; donc la succession n'est pas vacante puisqu'elle va avoir un représentant. Que l'on ne dise pas que l'Etat, de même que les autres successeurs irréguliers, doit remplir des formalités pour obtenir l'envoi en possession, et qu'en attendant la succession est vacante. Le texte répond à l'objection; il n'exige pas que la succession soit déjà possédée, il suffit qu'elle soit réclamée pour n'être pas vacante. S'il est nécessaire de prendre des mesures pour la conservation de l'hérédité, ou dans l'intérêt des tiers, le tribunal y pourvoira en nommant un administrateur provisoire; la jurisprudence dé-

(1) Aubry et Rau sur Zachariæ, t. IV, p 553, note 2.

cide, et avec raison, que si c'est l'Etat qui réclame la succession, les tribunaux doivent lui accorder l'administration, parce qu'il offre pleine garantie aux intéressés (1).

Toullier a donné une autre interprétation de l'article 811. Tous les interprètes croient devoir réfuter sa doctrine; malheureusement, en la réfutant ils se divisent, de sorte qu'en définitive le sens de la loi devient de plus en plus obscur. Nous croyons inutile d'entrer dans ce débat; ce serait controverser pour le plaisir de discuter; il faut éviter ces discussions oiseuses qui n'aboutissent à rien, sinon à faire croire que tout est douteux en droit (2).

**186.** L'article 811 ajoute une seconde condition pour que la succession soit vacante : il faut qu'il n'y ait pas d'héritier connu, ou que les héritiers connus aient renoncé. Ici les termes de la loi ne sont plus généraux, ils ne s'appliquent pas à tout successeur; la loi ne parle que des héritiers. Ainsi quand même il y a un successeur irrégulier connu, la succession n'est pas moins vacante. En réalité, il y a un successeur irrégulier qui est toujours connu, c'est l'Etat. Pourquoi le fait qu'il y a un successeur irrégulier connu n'empêche-t-il pas la succession d'être vacante, tandis qu'elle ne l'est pas s'il y a un héritier connu? C'est que les héritiers légitimes sont saisis, donc quand il y a un héritier connu, la succession est possédée par cet héritier; or, on ne peut pas dire d'une succession occupée, possédée qu'elle est vacante; tandis que les successeurs irréguliers n'ont pas la saisine; donc la succession n'a pas de possesseur, pas de représentant, alors même qu'il y a un successeur irrégulier qui est connu, s'il ne réclame pas (3).

Que faut-il décider s'il y a un légataire universel? S'il est saisi, il est assimilé à l'héritier légitime; on peut donc dire qu'il y a un héritier connu qui possède l'hérédité; dès lors elle n'est pas vacante. On objecte que les légataires sont moins connus que les héritiers du sang, les testaments

(1) Metz, 14 novembre 1855 (Dalloz 1856, 2. 224); Paris, 25 juillet 1863 (Dalloz, 1863 2, 206); Douai, 9 mai 1865 (Dalloz, 1866, 5, 452). Comparez Demante, t. III, p. 207, n° 135 *bis* I.

(2) Voyez la réfutation de la doctrine de Toullier dans Demolombe, t. XV, p. 405, n° 405.

(3) Demante, t. III, p. 207, n° 135 *bis* I.

n'étant pas rendus publics. L'objection est singulière, elle ne devrait pas être faite puisque le texte y répond. Il se peut aussi que les héritiers légitimes soient ignorés; aussi la loi veut-elle qu'ils soient *connus*, et il en faut dire autant des légataires; s'ils ne sont pas connus, la succession sera vacante, bien qu'en droit il y ait un possesseur et un représentant de l'hérédité. En ce sens, la vacance de l'hérédité est une question de fait; la loi ne peut pas tenir compte d'un représentant qui est ignoré, jusqu'à ce qu'il se présente pour réclamer l'hérédité (1). Si le légataire universel n'est pas saisi, c'est qu'il est en concours avec un légitimaire, lequel étant nécessairement connu empêche la succession d'être vacante.

On doit faire la même distinction pour le donataire universel. Quant aux légataires ou donataires à titre universel, ils ne sont jamais saisis; ils ne sont donc pas héritiers dans le sens de l'article 811, et par conséquent ils n'empêchent pas la succession d'être vacante. Le serait-elle s'ils se présentaient pour réclamer leur legs? Oui, car ils ne réclament pas la succession ; ils doivent donc diriger leur action contre un représentant de l'hérédité, c'est-à-dire contre un curateur, s'il n'y a pas de successeur universel en possession des biens (2).

**187**. Que faut-il décider si les héritiers appelés à la succession y ont renoncé? La succession sera-t-elle vacante s'il y a des héritiers connus appelés à défaut des renonçants? Cette question est très-controversée. Nous croyons que le texte la décide, et l'esprit de la loi est en harmonie avec le texte. Quel est l'effet de la renonciation? L'héritier qui renonce est censé n'avoir jamais été héritier; par suite, la part du renonçant accroît à ses cohéritiers, et s'il est seul, elle est dévolue au degré subséquent. Pour que notre question puisse se présenter, il faut supposer que la succession est dévolue au degré subséquent; si les héritiers de ce degré sont connus, la saisine leur appartient dès l'instant de l'ouverture de l'hérédité; ils ont donc

(1) En sens contraire, Aubry et Rau sur Zachariæ, t. IV, p. 555 et note 4.
(2) Zachariæ, édition d'Aubry et Rau, t. IV, p. 557 et note 6. Demante, t. III, p. 208, n° 135 *bis* II.

la possession des biens, et par conséquent on ne peut pas dire que la succession est vacante; elle est occupée en vertu de la loi.

On objecte que cette interprétation de l'article 811 est en opposition avec l'ancien droit. Il est vrai que Pothier enseignait que la succession est vacante dès que les héritiers appelés en premier degré renoncent : les créanciers ne sont pas obligés d'attendre, dit-il, que ceux du degré suivant se soient expliqués(1). On prétend qu'il est très-vraisemblable que les auteurs du code ont adopté l'opinion de Pothier (2). Pourquoi cela est-il très-vraisemblable? Il n'y a pas un mot dans les travaux préparatoires qui marque que telle ait été l'intention du législateur. Restent le texte et l'esprit du code, qui ne laissent aucun doute, de l'aveu même de ceux qui soutiennent l'opinion contraire (3). S'ils se contentent de la renonciation des héritiers du premier degré, c'est à cause de l'inconvénient qu'il y aurait à forcer les créanciers d'agir successivement contre tous les héritiers jusqu'au douzième degré. Ce seraient des frais frustratoires, car il est plus que probable qu'après la renonciation des héritiers du premier degré, les autres renonceront également. On répond, et la réponse est péremptoire, que les inconvénients que présente la loi ne regardent pas l'interprète; il n'a qu'une chose à voir : le texte et les principes veulent-ils que tous les héritiers connus aient renoncé pour que la succession soit vacante? Oui; donc la question est décidée. Cela est si vrai que, dans l'opinion contraire, on tombe d'une contradiction dans une autre. On est obligé d'admettre que les créanciers ont le droit d'agir contre les héritiers du degré subséquent, puisqu'ils sont saisis; et cependant quand ils agissent, on décide qu'ils doivent supporter les frais (4)! La jurisprudence s'est prononcée pour l'opinion la plus pratique : elle se contente de la renonciation des héritiers du premier degré(5).

(1) Pothier, *Introduction au titre XVII de la coutume d'Orléans*, n° 67.
(2) Demolombe, t. XV, p. 413 et suiv., n° 408.
(3) Demante, t. III, p. 209, n° 135 *bis* III.
(4) Voyez, en ce sens, Aubry et Rau sur Zachariæ, t. IV, p. 554 et note 3.
(5) Aix, 17 décembre 1807 et Paris, 31 août 1822 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 976).

**188.** L'article 811 porte que lorsque ces conditions sont remplies, la succession est *réputée* vacante. Il y a donc présomption de vacance plutôt que vacance réelle; la raison en est très-simple. Si personne ne se présente après l'expiration des délais de trois mois et quarante jours, rien ne prouve qu'il ne se présentera pas un successeur quelconque plus tard; le délai que la loi donne à ceux qui ne sont pas sur les lieux est très-court; il suffit à peine pour que la nouvelle de l'ouverture de l'hérédité parvienne aux intéressés. Quant aux héritiers légitimes, la loi dit que la succession est réputée vacante lorsqu'il n'y en a pas de connus; or, comme on succède jusqu'au douzième degré, il peut très-bien y avoir des héritiers inconnus, et tant qu'il y a un parent au degré successible, la succession n'est pas définitivement vacante, car ils peuvent se présenter tant que leur droit héréditaire n'est pas prescrit. C'est donc seulement après que le droit de tous les successeurs est prescrit que la succession est réellement vacante. La loi ne prévoit pas le cas de la vacance réelle, c'est-à-dire le cas d'une succession sans maître. Il y est pourvu par l'article 714, aux termes duquel les biens sans maître appartiennent à l'Etat. De là suit que le droit de l'Etat ne se prescrit jamais; s'il ne peut plus recueillir les successions vacantes comme successeur irrégulier, il y a toujours droit en vertu de l'article 714 (1).

### N° 2. DE LA SUCCESSION EN DÉSHÉRENCE ET DE LA SUCCESSION VACANTE.

**189.** Quand une succession est-elle en déshérence, et quand est-elle vacante? Comment peut-on distinguer la déshérence de la vacance d'une hérédité? Les éditeurs de Zachariæ se plaignent du vague et de la confusion qui règnent parmi les auteurs français sur ce point purement élémentaire; chacun a son explication, et comme il ne peut pas y avoir dix vérités, il s'ensuit que la plupart se trompent. Aubry et Rau disent que cela vient de ce que les

(1) Comparez Aubry et Rau sur Zachariæ, t. IV, p. 552, note 1; Demante, t. III, p. 206, n° 135.

auteurs ont suivi une circulaire ministérielle du 8 juillet 1806, obscure tout ensemble et inexacte, tandis qu'ils auraient dû s'attacher au texte et à l'esprit de la loi (1). Peut-être aussi faut-il s'en prendre à ce mot de *déshérence*, qui n'est pas un terme légal. Ne vaudrait-il pas mieux bannir de notre science les expressions que les auteurs imaginent, et qui n'ont d'autre mérite que d'abréger les explications? Dans l'espèce, au lieu d'abréger le débat, le mot de déshérence a fait naître des controverses sans fin. Nous n'avons aucune envie d'y entrer; le texte de la loi est si clair qu'il n'y a pas lieu de controverser si l'on veut s'y tenir.

**190.** Nous venons de dire quand une succession est vacante; l'article 811 définit la vacance, il y a peu de dispositions plus claires dans notre code. Quant à la déshérence, elle implique l'idée d'une succession pour laquelle il n'y a ni héritier, ni successeur irrégulier, ni légataire, ni donataire : l'Etat est alors appelé, à titre de déshérence, comme le dernier des successeurs *ab intestat*. Faut-il, pour que l'Etat puisse recueillir une succession, qu'il prouve qu'il n'y a pas de successeurs qui y soient appelés avant lui? Nous avons examiné la question ailleurs (2). Dans l'opinion générale, il suffit qu'il ne se présente ni héritier légitime ni successeur irrégulier pour que l'Etat puisse réclamer la succession à titre de déshérence. Si l'Etat se présente pour recueillir une hérédité, cette hérédité est en déshérence, elle n'est pas vacante. Nous disons qu'elle est en déshérence, pour nous servir du terme usité : il faudrait dire de la déshérence ce que l'article 811 dit de la vacance, c'est que la succession est *réputée* en déshérence; car il peut se présenter des héritiers légitimes, testamentaires, contractuels, ou des successeurs irréguliers, après que l'Etat a été envoyé en possession à titre de déshérence; il n'y a de déshérence définitive que lorsque le droit de tous ces successeurs est prescrit. Nous disons que la succession n'est pas vacante quand l'Etat se présente pour la recueillir; cela est dit dans l'article 811,

(1) Aubry et Rau sur Zachariæ, t. IV, p. 558, note 7.
(2) Voyez le tome IX de mes *Principes*, n° 250, p. 306.

puisque l'Etat est compris dans ces expressions générales : « lorsqu'il ne se présente *personne* qui réclame une succession, cette succession est réputée vacante. » Donc quand l'Etat se présente pour la recueillir, elle n'est pas vacante. Et à défaut de texte, le bon sens le dit, comme nous en avons déjà fait la remarque : peut-il être question d'une succession *vacante* alors qu'elle est possédée, occupée par l'Etat (1)?

**191.** La jurisprudence est en ce sens, sauf un arrêt de Colmar, qui est si confus que les interprètes déclarent ne pas le comprendre (2). Il s'est présenté une question d'application tellement simple que l'on ne conçoit pas que des tribunaux de première instance s'y soient trompés. Une succession s'ouvre; le défunt est un enfant trouvé, sans famille, ne laissant aucun successeur. L'Etat se présente pour recueillir l'hérédité; des tribunaux ont déclaré l'action de l'Etat non recevable, parce qu'on était encore dans le délai de trois mois et quarante jours. C'était confondre la vacance avec la déshérence. Si le ministère public ou un créancier avaient demandé la nomination d'un curateur, les tribunaux auraient eu raison de leur opposer l'article 811, aux termes duquel la succession n'est réputée vacante que lorsque, après les délais pour faire inventaire et pour délibérer, il ne se présente personne qui la réclame. Mais quand l'Etat se présente, il n'est plus question de vacance; il y a un successeur irrégulier qui réclame l'hérédité : y a-t-il une disposition qui l'empêche de faire sa réclamation dans le délai de trois mois et quarante jours? La question n'en est pas une, puisque le silence du code la décide; les cours d'appel ont été unanimes à repousser l'interprétation que les juges de première instance avaient donnée à l'article 811 (3).

(1) Demolombe, t. XV, p. 419, n° 413.

(2) Voyez un excellent jugement du tribunal de la Seine, confirmé par la cour de Paris (arrêt du 26 mars 1835, dans Dalloz, au mot *Succession*, n° 394). Dans le même sens, Rennes, 7 juillet 1851 (Dalloz, 1852, 5, 518). Comparez Colmar, 18 janvier 1850 (Dalloz 1851, 2, 161).

(3) Metz, 14 novembre 1855 (Dalloz, 1856, 2, 224); Paris, 25 juillet 1863 (Dalloz, 1863, 2, 206); Douai, 9 mai 1865 (Dalloz, 1866, 5, 452. L'arrêtiste donne en note toutes les autorités).

## § II. *Conséquences de la vacance de l'hérédité.*

### N° 1. NOMINATION D'UN CURATEUR.

**192.** Lorsque la succession est réputée vacante, le tribunal de première instance dans l'arrondissement duquel elle est ouverte nomme un curateur. Quand une succession n'est réclamée par personne et qu'il n'y a pas d'héritier connu, les biens délaissés par le défunt sont à l'abandon ; or, l'intérêt général s'oppose à ce que les biens qui font partie de la richesse nationale dépérissent; il faut donc qu'ils soient conservés et administrés en attendant qu'un successeur quelconque les réclame. Les tiers qui ont des droits à exercer contre la succession sont aussi intéressés à ce qu'on nomme un curateur qui représente l'hérédité, et contre lequel ils puissent diriger leurs actions

**193.** Qui peut provoquer la nomination d'un curateur? D'abord les personnes intéressées, dit l'article 812 : tels seraient les créanciers du défunt et même ses débiteurs, parce qu'ils peuvent avoir intérêt à se libérer. Le ministère public peut aussi requérir la nomination d'un curateur, d'après le même article. En général, le ministère public n'agit pas d'office en matière civile. Il y a exception quand des absents sont intéressés à ce que des mesures de conservation soient prises (art. 114), ou quand l'Etat y a intérêt. Or, quand une succession est vacante, il peut y avoir des héritiers ou autres successeurs absents ; en tout cas l'Etat est partie intéressée puisqu'il recueillera la succession, s'il y a déshérence.

**194.** Le curateur administre la succession et il la liquide. Ses fonctions ont donc une grande analogie avec celles de l'héritier bénéficiaire. Aussi l'article 814 porte-t-il : « Les dispositions de la section III du présent chapitre, sur les formes de l'inventaire, sur le mode d'administration, et sur les comptes à rendre de la part de l'héritier bénéficiaire, sont communes aux curateurs à successions vacantes. » Il y a cependant des différences considérables. D'abord en ce qui concerne la position de l'héritier béné-

ficiaire et du curateur. L'héritier est propriétaire, il administre ses propres biens, quoique cette administration constitue aussi une charge qui lui est imposée dans l'intérêt des créanciers et légataires. Voilà pourquoi ses fonctions sont gratuites. Tandis que le curateur administre les biens d'autrui, exclusivement dans l'intérêt des créanciers et légataires. Aussi tous les auteurs s'accordent-ils à dire qu'il jouit d'un salaire. Il y a cependant une légère difficulté de texte. L'article 1986 porte que le mandat est gratuit, s'il n'y a convention contraire: dans l'espèce, il n'y a pas de convention; c'est le juge qui confère le mandat en vertu de la loi. En faut-il conclure que le jugement tient lieu de convention, en ce sens que c'est au juge à fixer le salaire qui est accordé au curateur? de sorte que si le juge ne lui en allouait pas, il ne pourrait pas en porter en compte? Telle n'est pas la pratique, et la doctrine est, en ce point, d'accord avec l'usage pour reconnaître au curateur le droit de réclamer un salaire, alors même que le jugement qui le nomme garderait le silence sur ce point. Cela est fondé en raison. Il faut écarter le texte de l'article 1986, puisqu'il ne s'agit pas d'un mandat conventionnel. Dès lors la question doit être décidée par la nature du mandat légal. Il y a des mandataires légaux qui exercent leurs fonctions gratuitement : tels sont les tuteurs; nous en avons dit le motif (1). Par contre, il y a des mandats qui, par leur objet et par la position de ceux à qui ils sont confiés, sont salariés. Quand le tribunal commet un notaire pour représenter les absents dans le partage d'une succession, il va sans dire que le notaire n'exercera pas une fonction gratuite, car il est de la nature de ses fonctions qu'elles soient rétribuées. Il en est de même des curateurs, ce sont des agents d'affaires qui se chargent de ce mandat, c'est leur profession, et une profession salariée, puisqu'elle leur procure des moyens d'existence. Leurs fonctions étant salariées de leur nature, il est inutile que le juge en fasse l'objet d'une clause de son jugement (2).

(1) Voyez le tome V de mes *Principes*, n° 25, p. 29.
(2) Comparez Zachariæ, édition d'Aubry et Rau, t. IV, p. 563 et notes 16 et 18.

**195.** L'héritier bénéficiaire n'est tenu que des fautes graves dans l'administration dont il est chargé (art. 804). Quelle est la responsabilité du curateur? Les auteurs s'accordent à enseigner qu'il est tenu de la faute légère, c'est-à-dire qu'il doit administrer en bon père de famille. L'article 1992 le décide ainsi pour le mandataire; mais il suppose un mandat conventionnel. Peut-on admettre le même principe pour le mandat donné par le juge en vertu de la loi? L'article 1137, que l'on cite encore, suppose aussi une obligation conventionnelle. Mais nous avons un argument d'analogie dans l'article 450 qui déclare le tuteur responsable quand il n'administre pas en bon père de famille : c'est dire qu'il est tenu de la faute appelée légère. A plus forte raison le curateur doit-il répondre de cette faute, puisque ses fonctions sont salariées, tandis que celles de tuteur sont gratuites. On pourrait objecter que l'article 814 assimile l'administration du curateur à celle de l'héritier bénéficiaire, ce qui semble impliquer qu'il ne répond, comme lui, que de la faute grave. Mais l'article 814 ne parle pas de la responsabilité qui résulte de la gestion, il compare seulement le *mode* d'administration du curateur et de l'héritier, ce qui concerne les formes plutôt que la responsabilité. Sous ce dernier rapport, on ne peut pas les comparer, les motifs pour lesquels la loi ne rend l'héritier responsable que de la faute grave ne s'appliquant pas au curateur (1).

N° 2. OBLIGATIONS DU CURATEUR.

**196.** Aux termes de l'article 807, l'héritier bénéficiaire est tenu, si les créanciers l'exigent, de donner caution de la valeur du mobilier et de la portion du prix des immeubles non déléguée aux créanciers hypothécaires. Il y a encore d'autres administrateurs qui doivent donner caution : tels sont les envoyés en possession provisoire des biens d'un absent (art. 120). La loi n'impose pas cette obligation au curateur. Le motif juridique de cette différence

(1) Comparez Chabot, t. II, p. 228, n° 1. Zachariæ, t. IV, p. 563 et suiv., et note 17.

nous n'en voyons guère; le curateur étant le mandataire de ceux qui ne le nomment pas, il serait assez juste qu'il leur donnât une garantie de sa bonne gestion. Si la loi ne l'y astreint pas, c'est qu'elle a craint que les curateurs ne trouvent pas de caution. Jadis les curateurs jouissaient d'une mauvaise réputation; on lit dans le *Nouveau Denisart* : « Les personnes que l'on choisit pour remplir ces sortes de fonctions ne sont, le plus souvent, que les instruments de ceux qui les ont fait nommer, afin d'agir sous leur nom; il résulte de là d'autant plus d'abus, que ces personnes sont d'ordinaire des gens insolvables, contre lesquels on ne peut faire que des poursuites stériles (1). » Les auteurs du code civil se sont inspirés de ces sentiments de défiance et de soupçon; ils n'exigent pas de caution, mais ils organisent la gestion du curateur de façon à rendre toute malversation impossible : il doit vendre les meubles ainsi que les immeubles sans pouvoir toucher les deniers, de sorte qu'il gère sans manier les fonds. Dans un système pareil, la caution était inutile.

**197**. L'article 813 dit que le curateur à une succession vacante est tenu, avant tout, d'en faire constater l'état par un inventaire. D'après l'article 814, les formes sont les mêmes que celles que le code de procédure établit pour l'héritier bénéficiaire. C'est la garantie que la loi prescrit, dans toute administration des biens d'autrui, aux envoyés en possession, au tuteur, à l'usufruitier. Le code civil ne dit pas d'une manière formelle que le curateur doit vendre les biens; l'héritier bénéficiaire n'y est pas tenu, il peut payer les créanciers de ses propres deniers, et dans ce cas il est subrogé à leurs droits; quant au curateur, le code dit seulement qu'il doit verser les deniers provenant de la vente dans la caisse des dépôts et consignations. Le code de procédure a complété la pensée du législateur en faisant une obligation au curateur de vendre les meubles dans les formes déterminées par le code de procédure (art. 1000); pour les immeubles et les rentes, le curateur est aussi tenu de suivre les formes que le code de procé-

(1) *Nouveau Denisart*, au mot *Biens vacants*, § III, n° 7. Demolombe, t. XV, p. 432, n° 428.

dure prescrit à l'héritier bénéficiaire (art. 2001). La loi du 12 juin 1816 a maintenu l'assimilation, en simplifiant les formalités de la vente (art. 3 et, plus haut, nos 148, 150 et 151).

### No 3. ADMINISTRATION DU CURATEUR.

#### I. *Droits du curateur.*

**198.** Nous avons déjà dit que la loi assimile le curateur à l'héritier bénéficiaire quant au *mode d'administration*. Est-ce à dire que leurs droits soient les mêmes? Il y a d'abord une différence considérable qui dérive de la qualité d'héritier appartenant à l'héritier bénéficiaire, tandis que le curateur, étranger à l'hérédité, en est le simple administrateur. L'héritier bénéficiaire est propriétaire de l'hérédité; si ses pouvoirs sont limités, c'est qu'il jouit du bénéfice de n'être tenu des dettes que jusqu'à concurrence de la valeur des biens qu'il recueille; libre à lui de renoncer à ce bénéfice, et il y renonce tacitement en faisant acte de propriétaire, sans observer les formes prescrites par la loi. Pour le curateur, il ne peut être question de faire acte de propriétaire; simple administrateur, il doit se tenir dans les limites de son mandat; s'il les dépasse, les actes qu'il fait sont nuls.

L'héritier bénéficiaire a encore un autre bénéfice; il peut se décharger de l'administration, en abandonnant les biens aux créanciers, et il reste néanmoins héritier. Le curateur peut aussi se démettre de ses fonctions, en renonçant au mandat qui lui a été conféré. Il va sans dire qu'il ne peut pas faire l'abandon des biens en restant curateur, comme l'héritier le peut en restant héritier. Même comme administrateur, le curateur a des pouvoirs moins étendus que l'héritier bénéficiaire, et cela se conçoit; il est simple administrateur, il ne donne pas caution; tandis que l'héritier bénéficiaire est tenu de donner caution si les créanciers l'exigent; les créanciers ont encore une autre garantie, c'est l'intérêt que l'héritier a de bien gérer, puisque le reliquat lui appartient (1).

(1) Comparez Demolombe, t. XV, p. 433, no 430.

**199.** L'article 813 énumère les actes que le curateur a le droit et le devoir de faire; ils ont tous le même objet, liquider la succession. S'il était nécessaire ou avantageux aux créanciers que le curateur fît un acte non prévu par la loi, pourrait-il demander l'autorisation du tribunal? Telle serait une transaction. La même question se présente pour l'héritier bénéficiaire; nous avons dit qu'elle divise les auteurs et la jurisprudence. Les cours décident, avec raison, à notre avis, que le juge n'a le droit d'autoriser des actes juridiques que lorsque la loi exige son intervention. Cela est décisif pour le curateur comme pour l'héritier bénéficiaire. On objecte que cette doctrine met le curateur dans l'impossibilité d'agir; l'héritier bénéficiaire le peut du moins en renonçant à son bénéfice et en agissant comme héritier pur et simple; le curateur, au contraire, sera réduit à l'impuissance, si on lui refuse d'agir avec l'autorisation de justice. L'impuissance n'est pas le mot. Qu'est-ce qui empêche les créanciers d'autoriser le curateur à faire un acte de disposition? Tandis que nous ne voyons pas de quel droit le tribunal validerait une transaction qui peut compromettre les intérêts des créanciers (1).

Autre est la question de savoir si les tribunaux peuvent étendre les pouvoirs du curateur, en modifiant les dispositions de l'article 813? La question seule est une hérésie. Les parties intéressées sont libres de déroger à la loi, à moins qu'elle ne soit d'ordre public; mais le juge est enchaîné par le texte du code; modifier les pouvoirs du curateur, tels qu'ils sont déterminés par l'article 813, ce serait défaire l'œuvre du législateur. Il y a cependant des arrêts qui semblent reconnaître ce pouvoir au juge; nous croyons inutile de les discuter (2); on ne discute pas la question de savoir si les tribunaux peuvent violer la loi. A la rigueur, on pourrait soutenir que le juge a le droit d'autoriser des actes non prévus par le code; il statue alors dans le silence de la loi. Mais quand la loi a parlé, quand elle a

(1) En sens contraire, Demolombe, t. XV, p. 439, n° 443.

(2) Douai, 6 janvier 1849 (Dalloz, 1849, 2, 96). Comparez Bordeaux, 24 mai 1854 (Dalloz, 1856, 2, 67). Voyez, en sens contraire, Demolombe, t. XV, p. 445, n° 453.

décidé, par exemple, que le curateur doit verser les deniers héréditaires dans la caisse des dépôts et consignations, le juge ne peut certes pas décider le contraire, en lui permettant de garder les deniers pour payer les dettes. L'esprit de la loi est aussi contraire à cette interprétation que le texte. Elle se défie des curateurs, et par suite elle ne leur confie qu'une mission très-limitée, en ne leur accordant que ce qu'il est impossible de leur refuser. Etendre leurs attributions, serait donc faire une loi nouvelle. Quand on revisera le code, il y aura peut-être lieu de modifier le système actuel; en attendant, il faut respecter la loi.

**200.** Aux termes de l'article 813, le curateur à une succession vacante en exerce et poursuit les droits; il répond aux demandes formées contre elle. C'est dire qu'il représente les créanciers; les condamnations qu'il obtient contre les débiteurs de l'hérédité leur profitent; par contre ils sont liés par les jugements rendus contre le curateur. On a conclu de là, et avec raison, que les créanciers n'avaient pas le droit de former tierce opposition (1). Cela est logique, mais cela n'est guère en harmonie avec la défiance que le législateur témoigne aux curateurs; ils n'ont pas même les pouvoirs d'un administrateur ordinaire, et on leur permet d'intenter toute espèce d'actions, sans que les créanciers aient le droit de réclamer, alors même qu'ils auraient été mal défendus. Il y a une réponse à l'objection, c'est que les créanciers peuvent intervenir dans l'instance pour sauvegarder leurs intérêts.

**201.** « Le curateur administre sous la charge de faire verser le numéraire qui se trouve dans la succession, ainsi que les deniers provenant du prix des meubles ou immeubles vendus, dans la caisse du receveur de la régie impériale. » Il y a eu bien des changements dans la législation concernant les dépôts et consignations; d'après l'arrêté du 17 janvier 1831, c'est le conservateur des hypothèques qui les reçoit.

Le code ne parle pas des deniers provenant de la rentrée des créances. On admet généralement que le curateur

(1) Orléans, 26 août 1869 (Dalloz, 1869, 2, 185).

doit aussi les verser à la caisse des dépôts. Il est certain que tel est l'esprit de la loi, puisqu'elle n'oblige pas le curateur à donner caution; tout l'avoir de l'hérédité peut consister en créances; quelle serait alors la garantie des créanciers? Mais l'esprit de la loi suffit-il pour imposer une obligation? La cour de cassation a décidé la question négativement, et nous croyons que telle est l'opinion la plus juridique. La jurisprudence et la doctrine se sont prononcées pour l'opinion contraire (1).

En faut-il conclure que les débiteurs ne peuvent pas payer entre les mains du curateur? S'il s'agit de tiers acquéreurs d'immeubles hypothéqués, on doit appliquer par analogie ce que nous avons dit en traitant du bénéfice d'inventaire : le prix est distribué aux créanciers hypothécaires dans l'ordre de leurs inscriptions, et l'excédant est versé à la caisse des consignations (n° 156). La vente du mobilier se fait par un officier public; il a été jugé que l'officier qui reçoit les deniers doit les verser entre les mains du conservateur des hypothèques (2). Que faut-il dire des débiteurs qui payent sur la poursuite du curateur? On enseigne qu'ils doivent également consigner ce qu'ils payent, d'où l'on conclut que le payement serait nul s'ils le faisaient au curateur (3). Cela nous paraît très-douteux. Aux termes de l'article 1239, le payement doit être fait au créancier ou à celui qui est autorisé par la loi ou par la justice à recevoir pour lui. Y a-t-il une loi qui autorise le conservateur des hypothèques à recevoir le payement de ce qui est dû à la succession? Non. S'il y a un jugement, soit; on est dans les termes de l'article 1239; mais nous doutons que le juge ait le droit d'étendre ou de restreindre les attributions du curateur. S'il n'y a pas de jugement, dira-t-on que le payement fait au curateur sera nul? Peut-

(1) Zachariæ, édition d'Aubry et Rau, t. IV, p. 562 et notes 10 et 11. Duranton, t. VII, p. 147, n° 70. Demante, t. III, p. 211, n° 137 *bis* III. Comparez arrêt de rejet de la chambre civile du 13 juin 1810, et les autres arrêts cités par Dalloz, 1856, 2, 67, note 3.

(2) Arrêt de rejet du 21 juin 1825, et Metz, 3 mai 1816 (Dalloz, au mot *Succession*, n$^{os}$ 992 et 993).

(3) Zachariæ, t. IV, p. 562 et notes 12 et 13. Demolombe, t. XV, p. 444, n° 450.

il y avoir une nullité sans texte qui la prononce, ou qui du moins défende au curateur de recevoir le payement? Il y a, au contraire, un texte qui implique qu'il peut recevoir : l'article 813 dit qu'il exerce et poursuit les droits de la succession; conçoit-on que celui qui a pouvoir de réclamer ce qui est dû à la succession n'ait pas qualité pour toucher ce que le débiteur lui offre? Avouons qu'il y a lacune ou incohérence dans la loi : c'est au législateur à y pourvoir.

Que faut-il dire des revenus, loyers, fermages? le curateur peut-il les toucher? Dans notre opinion, oui; dans l'opinion générale, il faudrait répondre négativement. Il n'y a pas de raison de permettre au curateur de recevoir les revenus quand on lui défend de toucher les capitaux. On enseigne cependant et il paraît que l'on pratique aussi le contraire (1).

**202.** Qui fait les payements? Si le curateur ne touche pas les deniers héréditaires, il est impossible qu'il paye. Dans la pratique, il se borne à délivrer les mandats de payement, le tribunal les ordonnance et le conservateur des hypothèques (en Belgique) paye les créanciers. Il y a cependant un arrêt en sens contraire, ce qui prouve combien il y a d'incertitude en cette matière. La cour de Riom, se fondant sur ce que l'héritier bénéficiaire paye les créanciers à mesure qu'ils se présentent, a jugé que le curateur a qualité, afin d'arrêter le cours d'une saisie-arrêt pratiquée par un créancier, de lui céder un prix de vente dû à la succession. Il est vrai que dans l'espèce le tribunal avait autorisé le curateur à faire cette cession (2). Mais on se demande en vertu de quel texte le tribunal autorise le curateur à payer par voie de délégation, alors qu'il n'a pas le maniement des deniers. Il y a même un texte formel qui ordonne au curateur de verser les prix des meubles ou immeubles vendus dans la caisse des dépôts (art. 813) : le juge peut-il déroger à la loi?

Quant à l'ordre dans lequel les créanciers sont payés,

(1) Demolombe, t. XV, p. 441, n° 446 et les autorités qu'il cite.
(2) Riom, 12 mars 1853 (Dalloz, 1854, 5, 731).

on applique les règles établies pour l'héritier bénéficiaire; l'article 814 rend communes aux curateurs les dispositions sur le mode d'administration de l'héritier bénéficiaire, ce qui comprend le payement des créanciers, tel étant le but principal de l'administration du curateur. Il faut donc distinguer s'il y a des créanciers opposants ou non (nos 157 et suiv.). Quand une succession est vacante, que l'Etat lui-même ne se présente pas pour la recueillir, il est plus que probable qu'elle est en déconfiture; et quand le débiteur est insolvable, il ne faut pas laisser à un administrateur qui n'offre aucune garantie aux créanciers le pouvoir de les payer au fur et à mesure qu'ils se présentent. C'est aux créanciers à corriger le vice de la loi en formant opposition. Quant aux créanciers hypothécaires, on applique le droit commun (1).

II. *Droits des créanciers.*

**203.** Quand une succession est vacante, les biens du défunt sont le gage exclusif de ses créanciers; il n'y a pas de conflit entre eux et les créanciers de l'héritier, puisqu'il n'y a pas d'héritier connu. En ce sens, on dit qu'il y a séparation de patrimoines (2). L'expression n'est pas juridique, car la séparation suppose une confusion, et la confusion n'existe que s'il y a un héritier. Mais qu'arrivera-t-il s'il se présente un héritier pour recueillir l'hérédité, et s'il l'accepte purement et simplement? La séparation de fait qui existait jusque-là continuera-t-elle? On l'a prétendu (3). D'après ce que nous venons de dire, la question n'a pas même de sens : peut-on dire que la séparation continue alors qu'il n'y a jamais eu de séparation? Là n'est pas la difficulté. L'héritier qui accepte est censé avoir toujours été héritier; il y a donc eu confusion des deux

(1) Chabot, t. II, p. 227, n° 3 de l'article 813. Zachariæ, t. IV, p. 563 et note 15. Demolombe, t. XV, p. 445, n° 454.

(2) Amiens, 11 juin 1853 (Dalloz, 1854, 5, 680). Barafort, *De la séparation des patrimoines*, p. 207, n° 179. Zachariæ, t. IV, p. 349, édition d'Aubry et Rau.

(3) Blondeau, *De la séparation des patrimoines*, p. 508-512, et p. 503, note 4.

patrimoines depuis l'ouverture de l'hérédité; si les créanciers du défunt sont intéressés à demander la séparation, le peuvent-ils encore bien que plus de trois ans se soient passés, et que par suite le délai de six mois pendant lequel ils doivent prendre inscription soit depuis longtemps écoulé? Si le législateur avait prévu la difficulté, il aurait certainement permis aux créanciers de prendre inscription sur les immeubles de l'hérédité, dans les six mois de l'acceptation, et il leur aurait accordé un nouveau délai de trois ans pour demander la séparation quant aux meubles. Dans le silence de la loi, il faut appliquer le droit commun, et décider par conséquent que les créanciers doivent s'inscrire dans les six mois de l'ouverture de l'hérédité, et que le délai de trois ans court à partir de la même époque (1).

**204.** Les créanciers conservent-ils leur droit de poursuite? peuvent-ils saisir les biens de la succession? peuvent-ils pratiquer des saisies-arrêts? On enseigne l'affirmative, et la jurisprudence est en ce sens (2). Il y a cependant un motif de douter. La nomination d'un curateur n'a d'autre but que de liquider la succession; il est le mandataire des créanciers; conçoit-on que le mandant agisse en même temps que le mandataire? Que si le curateur reste dans l'inaction, les créanciers qui l'ont fait nommer peuvent aussi le faire révoquer. On peut répondre que la loi aurait dû le décider ainsi, mais que n'ayant pas enlevé aux créanciens les droits qui leur appartiennent sur les biens de leur débiteur, il est difficile de les leur contester. Il est vrai que logiquement cela aboutit à l'anarchie, puisque les biens de la succession pourraient être saisis par les créanciers et vendus par le curateur. Cela prouve que le législateur a manqué de prévoyance; il y a des lacunes que nous avons déjà signalées en traitant du bénéfice d'inventaire (nos 135 et suiv.).

**205.** On demande si le curateur peut provoquer la nullité des actes que le défunt aurait faits en fraude de ses

(1) Demolombe, t. XVII, p. 179, n° 154.
(2) Demolombe, t. XV, p. 447, n° 457. Rouen, 23 janvier 1853 (Dalloz, 1853, 2, 28).

créanciers. La négative est certaine; d'après l'article 1167, les créanciers ont l'action paulienne, c'est donc à eux à l'intenter (1). Vainement dirait-on que le curateur est leur mandataire; la loi qui lui donne mandat, au nom des créanciers, limite en même temps les pouvoirs qui lui appartiennent; il est appelé à liquider la succession et non à plaider au nom des créanciers.

Une question analogue s'est présentée devant la cour de Paris. Un acte sous seing privé constituait une rente viagère au profit du défunt; l'acte ne fut enregistré que la veille de la mort du crédirentier. Aux termes de l'article 1973, la rente était nulle, parce que la personne sur la tête de laquelle la rente avait été créée était morte, dans les vingt jours du contrat, de la maladie dont elle était atteinte en contractant. La difficulté était de savoir d'abord si le curateur pouvait faire valoir la nullité; ce point, paraît-il, ne fut point contesté : la loi elle-même déclare la constitution de rente nulle, et elle donne au curateur mandat d'exercer les droits de la succession; cela décidait la question. Restait à savoir si la rente créée le 23 janvier et enregistrée le 12 février avait date certaine à l'égard du curateur à partir du contrat ou à partir de l'enregistrement. Ce point n'était guère douteux : le curateur n'est pas le représentant du défunt, il est administrateur dans l'intérêt des créanciers, donc un tiers, et par conséquent il faut lui appliquer l'article 1328 (2).

### III. *Compte.*

**206.** L'article 804 porte que le curateur administre à la charge de rendre compte à qui il appartiendra, et l'article 814 ajoute que les dispositions de la section III sur les comptes à rendre de la part de l'héritier bénéficiaire sont communes aux curateurs. Il nous semble qu'il faut conclure de là que le curateur ne doit rendre compte aux créanciers que lorsque sa gestion est terminée. On en-

(1) Chambéry, 4 mars 1864 (Dalloz, 1866, 5, 450).
(2) Paris, 25 août 1864 (Dalloz, 1866, 5, 451).

seigne cependant qu'il est tenu, à toute réquisition des créanciers, de leur rendre compte de son administration (1). Cela devrait être puisque le curateur n'est que leur mandataire, et que, ne fournissant pas caution, il ne présente aucune garantie. Mais il ne faut pas oublier que le mandat du curateur est légal, puisque la loi en détermine l'étendue et les limites. Elle a eu tort d'assimiler le curateur à l'héritier bénéficiaire quant au compte qu'il doit rendre : l'héritier, administrant dans son propre intérêt, offre des garanties que ne présente pas le curateur ; mais, à tort ou à raison, la loi les met sur la même ligne. Si l'on admet que le tribunal peut imposer des obligations au curateur, le juge pourra suppléer au silence de la loi ; mais y a-t-il silence? La loi, en assimilant le curateur à l'héritier bénéficiaire, ne dit-elle pas clairement que le curateur ne doit qu'un seul compte? Ce serait donc déroger à la loi que de l'obliger à rendre un compte aussi souvent que les créanciers le demanderaient.

**207.** A notre avis, le curateur ne doit rendre compte, comme tout administrateur, que lorsque sa gestion est terminée ou que ses fonctions viennent à cesser. Il se peut que son mandat prenne fin avant que la succession ne soit liquidée. Dès qu'un héritier ou un successeur quelconque se présente, le mandat du curateur cesse de plein droit, parce que dès cet instant la succession cesse d'être vacante. Il n'est pas même nécessaire, si c'est un successeur irrégulier, qu'il ait obtenu l'envoi en possession; car, aux termes de l'article 811, il suffit que la succession soit réclamée par un successeur pour qu'elle ne soit pas vacante. Ce sera au tribunal, sur la demande des parties intéressées, à prescrire des mesures pour la conservation des biens (2).

**208.** Quand des héritiers ou successeurs quelconques recueillent l'hérédité, ils la prennent dans l'état où elle se trouve ; c'est-à-dire qu'ils doivent respecter les actes faits valablement par le curateur. Le code le dit dans une espèce

(1) Zachariæ, t. IV, p. 564, édition d'Aubry et Rau.
(2) Zachariæ, t. IV, p. 565, édition d'Aubry et Rau.

particulière, lorsqu'un héritier renonce et qu'il revient ensuite sur sa renonciation. Cette disposition (art. 790) doit être étendue à tous les cas, car elle ne fait qu'appliquer un principe général; le curateur a eu le droit de faire les actes qui entrent dans ses attributions, c'est plus qu'un droit, c'est une obligation; or, ce que la loi ordonne de faire, elle doit aussi le maintenir. Il faut, dit l'article 790, que les actes soient *valablement* faits par le curateur; s'il a dépassé les limites de son pouvoir, les héritiers ou autres successeurs ne sont point tenus de respecter ses actes. Le curateur a été, dans ce cas, le mandataire légal de ceux qui sont appelés à la succession; on peut donc appliquer l'article 1998, d'après lequel le mandant n'est tenu de ce que le mandataire a fait au delà de son mandat qu'autant qu'il l'a ratifié expressément ou tacitement. Ainsi la vente que le curateur aurait faite sans l'observation des formes prescrites par la loi serait nulle, et la nullité en devrait être prononcée, par cela seul que le curateur n'aurait pas observé les formes légales, sans que l'on pût exiger que les demandeurs prouvent qu'ils ont été lésés. C'est l'application du droit commun (art. 1311). S'il en est autrement des aliénations faites par l'héritier bénéficiaire, c'est que lui est propriétaire, et qu'il peut aliéner s'il veut renoncer à son bénéfice et aux obligations qu'il lui impose (1).

L'article 790 dit encore que l'héritier qui revient sur sa renonciation doit respecter les droits qui peuvent être acquis par la prescription. Que faut-il décider si l'héritier qui vient recueillir la succession était mineur lorsque la succession a été déclarée vacante? Il a été jugé qu'il fallait appliquer l'article 2258, aux termes duquel la prescription court contre une succession vacante; la prescription, dit la cour, a couru contre la succession, elle n'a pas couru contre le mineur (2). Cela est-il bien exact? L'héritier qui accepte est héritier depuis l'ouverture de la succession, donc la prescription a réellement couru contre lui; or, peut-elle courir contre un mineur? Nous avons

(1) Demolombe, t. XV, p. 437, n° 436. Zachariæ, t. IV, p. 566 et note 25.
(2) Nîmes, 16 janvier 1850 (Dalloz, 1851, 2, 126).

déjà examiné la question et nous l'avons décidée négativement, dans le cas prévu par l'article 790 (1); la solution est naturellement la même alors que la succession a été déclarée vacante sans qu'il y ait eu renonciation.

**209.** On suppose que la nomination du curateur a été irrégulière; il y avait un héritier connu, partant la succession n'était pas vacante, et néanmoins on a nommé un curateur : les actes qu'il fait pourront-ils être opposés à l'héritier s'il se présente pour recueillir la succession? La négative est certaine; tout ce qui s'est fait est radicalement nul. L'héritier ne doit pas demander la nullité de la nomination, car il est étranger au jugement qui a nommé le curateur; il ne doit pas davantage provoquer l'annulation des actes faits par le curateur, car ces actes aussi lui sont étrangers; c'est comme si un premier venu avait disposé des biens de l'hérédité; l'héritier pourrait les revendiquer sans tenir compte des actes que lui opposerait le possesseur. C'est l'application du principe élémentaire écrit dans l'article 1165 : « Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes (2). » Les tiers pourraient-ils lui opposer leur bonne foi? On l'admet par analogie de la doctrine qui valide les actes faits par l'héritier apparent (3); nous avons combattu cette opinion, et nous acceptons bien moins encore l'application que l'on en fait aux curateurs. Il n'y a pas d'héritier apparent, dans l'espèce, il n'y a qu'un administrateur, c'est aux tiers à s'informer s'il a qualité pour agir.

Il y a encore une difficulté dans l'hypothèse où la nomination du curateur est irrégulière. Si l'héritier accepte, il peut revendiquer l'hérédité sans tenir compte des actes de disposition qu'aurait faits le curateur. Mais que faut-il décider si l'héritier renonce? Il y a un motif de douter. L'héritier qui renonce est censé n'avoir jamais été héritier. Donc, au moment où le curateur a été nommé, il n'y

(1) Voyez le tome IX de mes *Principes*, n° 455, p. 523.

(2) Aubry et Rau sur Zachariæ, t. IV, p. 565 et note 22, et les auteurs qui y sont cités.

(3) Zachariæ, édition d'Aubry et Rau, t. IV, p. 566 et note 24. Demolombe, t. XV, p. 425, n° 417.

avait pas d'héritier connu, et par suite sa nomination, irrégulière en apparence, était réellement régulière. On en conclut qu'il a pu gérer valablement et que ses actes pourront être opposés à ceux qui réclameraient plus tard l'hérédité. Nous croyons que cette argumentation est vicieuse. Lorsque le curateur a été nommé, il y avait un héritier connu, donc la succession n'était pas vacante, et par conséquent la nomination était irrégulière. L'irrégularité est-elle couverte par la renonciation de l'héritier? Non, car si la renonciation rétroagit, c'est dans l'intérêt de l'héritier qui renonce et des autres héritiers; le curateur ne peut pas invoquer une renonciation qui ne le regarde pas (1).

## CHAPITRE X.

### DROITS ET OBLIGATIONS DES HÉRITIERS ENTRE EUX.

#### SECTION I. — Du partage (2).

**210.** Les dispositions du code qui concernent le partage ne s'appliquent-elles qu'aux héritiers légitimes? Elles sont, au contraire, générales de leur nature. Quelle que soit la qualité des successeurs appelés à recueillir l'hérédité, il faut une opération matérielle pour diviser entre eux les biens délaissés par le défunt : c'est le partage. Qu'importe que l'indivision existe entre héritiers ou entre successeurs irréguliers? elle doit prendre fin; une disposition qui est d'ordre public le veut, et l'article 815 est d'ordre public aussi bien quand des successeurs irrégu-

(1) Aubry et Rau sur Zachariæ, t. IV, p. 566, note 23 et les auteurs qu'ils citent. Voyez, en sens contraire, Zachariæ, édition de Massé et Vergé, t. II, p. 444, note 4.

(2) Dutruc, *Traité du partage de succession*, 1 vol. Paris, 1855.

liers sont appelés à l'hérédité que lorsque des parents légitimes la recueillent. Or, l'indivision ne peut cesser que par le partage, et le partage est soumis à certaines règles. Le code n'a qu'un seul chapitre sur ces règles : c'est une preuve qu'elles sont générales de leur nature; sinon il faudrait dire, ce qui serait absurde, que le partage des successions dévolues à des successeurs irréguliers n'est assujetti à aucune règle. Il en est de même du partage des successions testamentaires et contractuelles (1).

**211.** L'indivision peut exister par suite d'une société formée entre ceux qui possèdent une chose en commun. Telle est la communauté entre époux; telles sont les sociétés civiles et commerciales. Le partage de la communauté et de la société est-il aussi régi par les principes que le code établit au titre des *Successions?* Le code lui-même répond à notre question. L'article 1476 porte : « Le partage de la communauté, pour tout ce qui concerne ses formes, la licitation des immeubles quand il y a lieu, les effets du partage, la garantie qui en résulte, et les soultes, est soumis à toutes les règles qui sont établies au titre des *Successions* pour les partages entre cohéritiers. » Au titre du *Contrat de société*, il y a une disposition analogue, celle de l'article 1872 : « Les règles concernant le partage des successions, la forme de ce partage, et les obligations qui en résultent entre les cohéritiers, s'appliquent au partage entre associés. »

Est-ce à dire que toutes les dispositions du chapitre VI concernant le partage des successions soient applicables en matière de communauté et de société? Non, il s'y trouve des dispositions exceptionnelles, et celles-là sont toujours de rigoureuse interprétation. Tel est l'article 841 qui autorise le retrait successoral, véritable expropriation, qui ne se justifie pas par des motifs d'utilité publique. On ne peut pas l'étendre par voie d'interprétation; il faut donc décider que le retrait n'est pas admis dans le partage d'une communauté ou d'une société (2).

(1) Demante, t. III, p. 213, p. 138 *bis*. Demolombe, t. XV, p. 453, nº 471.
(2) C'est l'opinion générale. Voyez les autorités dans Zachariæ, édition d'Aubry et Rau, t. II, p. 571 et note 31.

## § Ier. *De l'indivision.*

### Nº 1. DROITS DES HÉRITIERS PENDANT L'INDIVISION.

**212.** Quand il n'y a qu'un seul héritier, la propriété et la possession de l'hérédité lui sont transmises dès l'instant de l'ouverture de l'hérédité. Comme il n'a pas de cohéritier, il n'y a pas d'indivision : propriétaire exclusif des biens de la succession, il exerce immédiatement tous les droits attachés à la propriété; il possède, il revendique, il exerce les créances de l'hérédité; il est tenu des charges, il continue en tout la personne du défunt. En est-il de même lorsqu'il y a plusieurs héritiers? On enseigne que les droits des héritiers ne changent pas, ni leurs obligations, quand il y en a plusieurs (1). Cela est vrai, mais cela est trop absolu. La transmission de la propriété et de la possession se fait toujours en vertu de la loi : aux termes de l'article 724, les héritiers légitimes sont saisis des biens, droits et actions du défunt, sous l'obligation d'acquitter toutes les charges de la succession. Quant aux successeurs irréguliers, ils sont aussi saisis de la propriété, mais ils doivent demander la possession à la justice. Mais la transmission de la propriété et de la possession subit des modifications quand il y a plusieurs héritiers. La loi détermine leurs parts héréditaires; toutefois elle ne peut pas attribuer à chacun d'eux la portion de meubles et d'immeubles qui lui revient; il faut pour cela une opération matérielle que l'on appelle partage. Tant que les biens ne sont pas partagés, ils sont indivis. Or, les droits des copropriétaires par indivis ne sont pas les mêmes que ceux d'un propriétaire exclusif. Ce qui caractérise la propriété, c'est que le maître de la chose en use et en dispose avec un pouvoir absolu; il ne peut plus être question d'un pouvoir absolu lorsqu'il y a plusieurs copropriétaires. Il y a plus : le premier élément de la propriété fait défaut tant que l'indivision règne. La propriété est un droit réel, le

t. IV, p. 367 et suiv., édition d'Aubry et Rau.

plus puissant de tous, puisqu'elle comprend tous les autres qui n'en sont qu'un démembrement; tout droit réel suppose une chose déterminée dans laquelle il s'exerce. Est-ce que tel est le droit des copropriétaires par indivis? Non, précisément parce que leur droit est indivis, il porte également sur tous les objets qui composent l'hérédité; tant qu'il n'y a pas de partage, on ne sait lesquels de ces objets appartiennent à chacun des héritiers : il n'y a donc pas là cette base sans laquelle la vraie propriété n'existe point. Dans notre droit moderne, cela est encore plus vrai qu'en droit romain. Le partage étant déclaratif de propriété, il en résulte que la propriété indivise s'évanouit avec l'indivision, comme si elle n'avait jamais existé. Donc il n'y a jamais eu de propriété indivise : n'est-ce pas dire que la propriété indivise n'est pas une véritable propriété?

**213.** Chaque héritier peut, pendant l'indivision, poursuivre, pour sa part héréditaire, le payement des créances de l'hérédité. Est-ce là une preuve que le droit des cohéritiers indivis est le même que celui d'un héritier, propriétaire exclusif? Non, on donne, au contraire, une fausse idée de ce droit en le représentant comme une conséquence du prétendu principe que, malgré l'indivision, tout cohéritier a les mêmes droits qu'un héritier unique (1). Si chaque héritier peut réclamer sa part dans les créances, c'est précisément parce que, quant aux créances, il n'y a point d'indivision : les créances comme les dettes se divisent en vertu de la loi, sans qu'il soit nécessaire de faire aucun partage. On a prétendu jusque devant la cour de cassation que la loi ne divisait que les dettes, qu'elle ne divisait pas les créances. Il suffit de lire l'article 1220 pour se convaincre que c'est une erreur. La loi commence par dire que toute obligation est indivisible entre le créancier et le débiteur, donc à l'égard du créancier aussi bien qu'à l'égard du débiteur. Puis la loi ajoute que la divisibilité n'a d'application qu'à l'égard de leurs héritiers, donc entre les héritiers du créancier la créance se divise, comme la dette se divise entre les héritiers du débiteur; c'est ce que

(1) C'est ce que dit Zachariæ, t. IV, p. 368.

dit la fin de l'article : « Les héritiers ne peuvent *demander* la dette ou ne sont tenus de la payer que pour les parts dont ils sont *saisis*, ou dont ils sont tenus, comme représentant le *créancier* et le débiteur. » En divisant les créances comme les dettes, la loi nous en dit la raison : lorsqu'il y a plusieurs héritiers, chacun ne représente le défunt que pour sa part héréditaire; chacun ne peut donc exercer les droits du défunt que pour cette même part, de même qu'il n'est tenu de ses dettes que pour cette part. Faut-il un partage pour cela, comme on l'a dit devant la cour de cassation? S'il fallait un partage, l'article 1220 serait inutile. Il faut dire, au contraire, que le partage n'est pas nécessaire quand il s'agit de créances et de dettes. On conçoit la nécessité d'un partage pour les meubles et les immeubles; pour les créances et les dettes qui consistent en chiffres, la plus simple opération arithmétique suffit, une division. Si donc chaque héritier peut poursuivre sa part de la créance, ce n'est pas malgré l'indivision, c'est parce que les créances sont divisées de plein droit dès l'instant de l'ouverture de l'hérédité. C'est une conséquence de la saisine, comme le dit l'article 1220; or, la saisine existe, avec tous ses effets, du moment où la succession est ouverte.

La cour de cassation a déduit de là cette conséquence tout aussi évidente que le principe, que si le débiteur offre aux héritiers de son créancier leur part dans la dette, ceux-ci doivent la recevoir, sans qu'ils puissent opposer qu'il n'y a encore ni partage ni liquidation; c'est la loi qui a fait le partage, et par l'effet de ce partage il y a autant de créances que d'héritiers. De même, lorsque les héritiers du créancier réclament le payement de leur part dans la créance, le débiteur ne peut pas se refuser à payer, en prétendant qu'il n'y a pas eu de partage en forme entre les héritiers : le partage est fait en vertu de la loi. Ce qui, dans l'espèce, semblait rendre la question discutable, c'est qu'il s'agissait d'une dette hypothécaire : le débiteur invoquait le principe de l'indivisibilité de l'hypothèque, et soutenait que les héritiers du créancier devaient s'entendre pour demander un payement intégral, afin d'affran-

chir l'immeuble hypothéqué de la charge qui le grevait. Nous citons cette singulière argumentation pour montrer quelle ignorance règne dans la pratique sur les principes les plus simples. Qu'est-ce que l'indivisibilité de l'hypothèque? Une garantie pour le créancier, il conserve son hypothèque aussi longtemps qu'il n'est pas entièrement payé; l'hypothèque subsiste donc entière en faveur des héritiers des créanciers, alors même que quelques-uns d'entre eux auraient obtenu leur part dans la créance. Est-ce à dire que l'indivisibilité de l'hypothèque empêche la division de la créance? Ce serait dire que la créance devient indivisible parce que l'hypothèque est indivisible, ce qui est une hérésie juridique. Ce serait dire qu'une garantie établie en faveur du créancier peut être invoquée contre lui par le débiteur, ce qui est encore une hérésie (1).

**214.** On enseigne aussi que chacun des héritiers peut, malgré l'indivision, revendiquer les immeubles qui font partie de l'hérédité dans la proportion de sa part héréditaire. Cette doctrine nous paraît contraire aux principes qui régissent la propriété et la revendication. Qu'est-ce que la revendication? C'est l'exercice du droit de propriété; or, l'héritier du propriétaire n'a pas la propriété des immeubles qui composent l'hérédité; il n'y a qu'un droit indivis, droit qui s'évanouit entièrement par le partage si l'immeuble ne tombe pas dans son lot, donc il n'y a pas lieu à revendication. A quoi tend cette action? Le demandeur conclut à ce que le défendeur soit obligé de délaisser la chose. Or, le propriétaire indivis peut-il demander que le possesseur lui délaisse la chose, alors qu'il n'a aucun droit exclusif sur cette chose? L'auteur le plus exact qui défend l'opinion que nous combattons avoue que la revendication ne peut, en ce cas, avoir pour objet le délaissement d'une chose corporelle; mais, dit-il, elle peut du moins avoir pour but la reconnaissance du droit de copropriété du revendiquant (2) Nous répondons que si l'action ne tend pas au délaissement, ce n'est pas une

(1) Arrêt de rejet du 9 novembre 1847 (Dalloz, 1848, 1, 49).
(2) Aubry et Rau sur Zachariæ. t. IV, p. 368, note 2. Demolombe, t. XV, p. 463, n° 481.

revendication; dès lors l'action n'est pas recevable comme telle (1). Cela est en harmonie avec les principes que nous venons d'exposer. Si chaque héritier du créancier peut, pendant l'indivision, poursuivre le payement des créances, c'est qu'il est réellement créancier pour cette part, puisque la loi divise de plein droit les créances héréditaires entre les héritiers. Mais la loi ne divise pas les immeubles. Donc l'un des héritiers ne peut pas revendiquer un immeuble héréditaire comme lui appartenant : ce n'est que par le résultat du partage que l'on saura à qui cet immeuble appartient; si la revendication pouvait se faire pendant l'indivision et si le juge adjugeait l'immeuble au demandeur, il lui adjugerait la propriété d'un immeuble sur lequel il sera censé n'avoir jamais eu aucun droit, dans le cas où l'immeuble ne tombe pas dans son lot.

**215.** Chaque héritier peut-il aliéner, hypothéquer les biens de l'hérédité? Il a un droit indivis; ce droit, il peut l'aliéner. Est-ce à dire que l'acheteur devienne propriétaire? C'est le résultat du partage qui décidera la question. Si l'immeuble tombe au lot de l'héritier vendeur, il est censé en avoir toujours été propriétaire, partant l'aliénation sera valable. Si l'immeuble n'est pas mis dans son lot, il sera censé n'en avoir jamais eu la propriété, et par conséquent l'aliénation sera nulle. C'est donc en réalité une aliénation conditionnelle. Il en serait de même de l'hypothèque qu'il aurait consentie pendant l'indivision; elle sera valable ou nulle, selon que l'immeuble tombera ou ne tombera pas dans son lot.

**216.** L'indivision peut durer longtemps; qui administrera les biens pendant qu'elle dure? Il peut y avoir un partage de jouissance, ce qu'on appelle un partage provisionnel. Chaque héritier jouira, en ce cas, de sa part et l'administrera sans qu'il y ait, de ce chef, lieu à une restitution de fruits ni à un compte de gestion; c'est la convention qui déterminera les droits et les obligations de chacun des héritiers. Nous reviendrons plus loin sur le

(1) Massé et Vergé sur Zachariæ, t. II, p. 355, note 2. Bourges, 14 janvier 1831 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 2091).

partage provisionnel. S'il n'y a pas de partage de jouissance, quels seront les droits des cohéritiers sur les biens héréditaires? On lit dans un arrêt de la cour de cassation que les cohéritiers sont censés avoir respectivement mandat les uns des autres pour la chose commune (1). Le même principe est reproduit dans un arrêt de la cour de Bordeaux : sur le pourvoi, il est intervenu un arrêt de rejet, sans cependant que la cour suprême ait répété ce prétendu principe dans sa décision (2). Nous n'admettons pas le principe; il est vrai en matière de société, il ne l'est pas en matière de communauté. La société est un contrat qui a pour objet un gain; lors donc que plusieurs personnes s'associent, elles se donnent, par le fait seul de leur association, mandat de faire tout ce qui peut tendre à réaliser le but de la société; le mandat résulte du consentement des associés. Il n'en est pas de même lorsqu'il y a plusieurs héritiers; il n'y a pas de contrat entre eux, aucun concours de consentement; leur communauté n'est qu'un état passager auquel chacun d'eux est intéressé à mettre fin; il n'y a aucun but commun qui implique la volonté de se donner des pouvoirs réciproques pour l'atteindre. Or, sans concours de consentement il ne peut être question d'un mandat. Il y a cependant des intérêts communs entre cohéritiers; comme ils ont un droit indivis sur les objets de l'hérédité, droit qui se transformera en propriété exclusive sur quelques-uns de ces objets en vertu du partage, tous sont intéressés à conserver les biens héréditaires, et à faire par conséquent les actes de conservation et d'administration provisoire. Reste à savoir quels sont leurs droits de ce chef.

**217.** L'un des héritiers a-t-il le droit de faire des actes d'administration qui obligent ses cohéritiers? Un droit pareil ne dérive pas de la communauté; elle implique plutôt la négation de ce droit. Les intérêts étant communs, il est naturel que tous ceux qui sont intéressés à faire un acte d'administration y concourent. Mais que fera-t-on si

(1) Arrêt de rejet du 14 juillet 1838 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1766).
(2) Bordeaux, 23 juin 1848, et arrêt de rejet du 16 décembre 1851 (Dalloz, 1852, 1, 14 et suiv.). Comparez Toulouse, 4 mars 1867 (Dalloz, 1867, 2, 61).

l'un d'eux refuse son concours? Il y a un vieil adage qui dit que l'opposition de l'un des communistes empêche les autres d'agir : *melior est causa prohibentis* (1). Rien de plus logique. De contrat, il n'y en a pas; nous ne croyons pas même qu'il y ait un quasi-contrat; car pour un quasi-contrat il faut une loi, et la loi est muette sur la nature des relations qui existent entre cohéritiers. Il faut donc s'en tenir aux principes qui dérivent de l'idée de communauté. Or, si l'un des communistes refuse de consentir à un acte d'administration, à un bail, par exemple, parce qu'il trouve les conditions onéreuses, de quel droit se passerait-on de son consentement? Le refus de l'un empêchera les autres d'agir. On prétend que la question doit être portée devant le tribunal, lequel décidera quel est le parti le meilleur à prendre dans l'intérêt commun; mais nous demanderons de nouveau de quel droit le juge imposerait sa volonté aux communistes? Le tribunal ne fait que reconnaître les conventions des particuliers, il n'a pas qualité pour forcer à consentir ceux qui refusent leur consentement (2). Dans l'ancien droit, Lebrun proposait un autre moyen de sortir de cette impasse : la majorité des voix, dit-il, doit prévaloir; et il entendait que l'on compterait les voix, non par personnes, mais à raison de l'importance de leur part héréditaire (3). L'article 826 a consacré cette opinion dans un cas spécial : « Si la majorité des cohéritiers juge la vente nécessaire pour l'acquit des dettes et charges de la succession, les meubles sont vendus publiquement en la forme ordinaire. » Cette disposition peut-elle être étendue à des cas analogues? La négative nous paraît certaine; chaque héritier a son droit et un droit égal à celui de son cohéritier; pour qu'il soit forcé de plier sous la majorité, il faut une loi. L'article 826 est donc une exception, et à ce titre il ne reçoit pas d'application extensive. Nous aboutissons à l'impossibilité d'agir (4). On dira que ce n'est pas là une

(1) Pothier, *Du quasi-contrat de communauté*, n° 92.
(2) Demolombe, t. XV, p. 469, n° 485.
(3) Lebrun, *Des successions*, livre IV, chap. I, n° 23.
(4) Comparez les autorités citées par Dalloz, au mot *Succession*, n^os^ 1767 et suiv.

solution; nous répondons que le conflit entre communistes est précisément un des inconvénients de l'indivision; or, chaque cohéritier a un moyen légal d'y mettre un terme, c'est de demander le partage.

**218.** L'un des héritiers fait des dépenses pour le compte de l'hérédité. Peut-il les réclamer contre la succession? Pothier dit que l'héritier peut demander à ses cohéritiers qu'ils le remboursent chacun pour la part qu'ils ont en la succession. Il faut pour cela que la dépense soit utile. Quand peut-on dire qu'elle est utile? Pothier répond qu'elle est utile si elle a dû être faite, quoique, par un cas fortuit, la succession n'en ait point profité. C'est donc la dépense que l'héritier peut réclamer, qu'il y ait ou non plus-value (1). Pothier ne dit pas sur quel principe il fonde cette action. D'après lui, il y a un quasi-contrat entre les communistes; c'est sans doute de ce quasi-contrat qu'il dérive l'obligation pour les héritiers de rembourser les dépenses utiles faites par leurs cohéritiers. Que l'on admette ou non un quasi-contrat de communauté, toujours est-il qu'il y a gestion d'affaire, si, comme Pothier le suppose, la dépense était utile dans son principe. Il faut supposer encore qu'il n'y a pas de concours de consentement, sinon il y aurait mandat exprès ou tacite. Le cas s'est présenté devant la cour de Bordeaux. Dans l'espèce, le défunt avait commencé la construction d'une maison; après son décès, l'un des enfants la continua sous les yeux et avec l'approbation tacite de l'autre. La cour jugea qu'il avait droit à être remboursé de ses dépenses, sans qu'on pût réduire son indemnité à la plus-value (2).

### N° 2. OBLIGATIONS DES HÉRITIERS PENDANT L'INDIVISION.

**219.** En exposant les règles du partage judiciaire, le code prévoit que les cohéritiers auront des comptes à se rendre (art. 828). Que le partage se fasse en justice ou à l'amiable, peu importe, l'obligation de rendre compte est toujours la même. Mais de quoi les héritiers doivent-ils

(1) Pothier, *Des successions*, chap. IV, art. 1, § 3.
(2) Bordeaux, 11 décembre 1838 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1780).

compte à leurs cohéritiers? Tout ce que l'héritier reçoit pendant l'indivision, du chef de l'hérédité, doit, en règle générale, être rapporté à la masse pour être partagé entre tous les héritiers; car il n'y a droit que dans la limite de sa part héréditaire, de même que ses cohéritiers. Cela suppose que la chose reçue par l'héritier appartient à tous, et dans ce cas il n'y a pas de doute. Mais si l'un des héritiers avait touché sa part dans une créance, en devrait-il compte à ses cohéritiers? Non, certes, car les créances se divisant, chacun des héritiers devient créancier pour sa part héréditaire, il reçoit donc ce qui lui est dû personnellement et non ce qui est dû à l'hérédité. Pothier le décide ainsi, en ajoutant que c'est aux autres héritiers à se faire payer de leur côté leur part dans la créance. Alors même que le débiteur deviendrait insolvable, les héritiers n'auraient pas de recours contre leur cohéritier; ils doivent s'imputer, dit Pothier, de n'avoir pas été aussi diligents que lui (1). Cela n'est pas douteux. Il y a un arrêt en ce sens de la cour de cassation, mais assez obscurément rédigé. Dans l'espèce, plusieurs légataires, agissant isolément et dans leur intérêt propre, s'étaient fait payer d'une créance de la succession en s'appropriant exclusivement les deniers. Devaient-ils compte de ce qu'ils avaient reçu? Ils prétendaient que non, parce qu'ils n'avaient pas reçu au delà de la part qui leur revenait dans le total de l'actif héréditaire. La cour repoussa cette prétention, et avec raison. C'était faire une fausse application du principe qui régit la division des créances. Chaque héritier ne peut réclamer que sa part héréditaire dans chaque créance, il ne peut pas s'approprier la créance entière en se payant ainsi lui-même de ce qui lui revient dans l'hérédité. Il y a plus : alors même que la créance serait payable par termes, l'héritier ne peut demander que sa part dans chaque terme, à mesure de son échéance; c'était le droit du défunt et l'héritier n'a pas plus de droit que lui (2).

**220.** L'héritier qui a joui des biens de la succession

(1) Pothier, *Des successions*, chap. IV, art. 1, § 3.

(2) Arrêt de rejet de la chambre civile du 16 décembre 1851 (Dalloz, 1852, 1, 13).

doit-il compte des fruits qu'il a perçus? S'il y a eu un partage provisionnel, il va sans dire qu'il n'y a pas lieu au rapport des fruits, puisque chacun des cohéritiers les perçoit et les gagne en vertu d'un droit qui lui est propre. Il a même été jugé que celui des copartageants qui jouirait d'une portion de biens moindre que celle des cohéritiers n'aurait droit à aucune restitution de fruits (1); il pourrait seulement attaquer le partage si son consentement avait été vicié par l'erreur, la violence ou le dol; quant à la lésion, il est douteux qu'elle puisse être invoquée contre un partage provisionnel. Nous reviendrons sur la question. S'il n'y a pas eu de partage provisionnel, on applique le principe que les fruits augmentent l'hérédité. Dans l'espèce, ce principe ne souffre aucun doute. En effet, les fruits sont un accessoire de la propriété, ils appartiennent au propriétaire, et qui est propriétaire pendant l'indivision? La propriété est indivise entre les héritiers, donc aussi les fruits; par suite, les fruits recueillis par l'un des héritiers doivent être rapportés à la masse. Nous disons les fruits recueillis. En règle générale, chaque héritier ne doit restituer que les fruits qu'il a réellement perçus et non les fruits qu'il aurait pu percevoir, bien moins encore ceux que ses cohéritiers auraient pu percevoir. Cette dernière obligation n'incombe qu'au possesseur de mauvaise foi. Si un héritier possédait contre le gré de ses cohéritiers, il y aurait possession violente, partant injuste, et il serait tenu de réparer le dommage qu'il leur aurait causé par sa mauvaise foi. Il y a un arrêt de la cour de Bruxelles en ce sens. L'arrêt accorde une indemnité à l'héritier pour frais de culture; c'est la disposition formelle de l'article 548; et quoiqu'il s'agisse dans cet article d'une possession séparée de la propriété, le principe d'équité qu'il établit doit recevoir son application à tous les cas où il y a lieu à une restitution de fruits (2).

**221**. L'héritier doit-il aussi les intérêts des capitaux qu'il a reçus? doit-il les intérêts des intérêts? Au titre des

(1) Nîmes, 2 août 1827 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1774).
(2) Bruxelles, 10 mars 1861 (*Pasicrisie*, 1866, 2, 395).

*Obligations conventionnelles*, le code pose le principe que les intérêts ne sont dus qu'à partir de la demande, et que les intérêts échus des capitaux ne produisent des intérêts que lorsqu'ils sont dus au moins pour une année entière (art. 1153 et 1154). Ces dispositions reçoivent-elles leur application entre cohéritiers pendant l'indivision? La cour de cassation a décidé la question affirmativement pour les intérêts des intérêts (1), ce qui implique que les intérêts aussi ne seraient dus qu'en vertu d'une demande. Cela nous paraît très-douteux. Les articles 1153 et 1154 supposent un créancier et un débiteur, donc une obligation conventionnelle; aussi posent-ils en principe que les intérêts ne sont dus généralement qu'en vertu d'une convention. Quand il s'agit de relations entre cohéritiers, il n'y a ni créancier ni débiteur. Ce sont des copropriétaires qui se doivent compte l'un à l'autre de ce qu'ils ont reçu du chef de l'hérédité pendant l'indivision; il n'y a entre eux ni contrat ni quasi-contrat. Le principe est donc tout différent. Il faut, nous semble-t-il, dire des intérêts ce que nous venons de dire des fruits : l'héritier les doit quand il les a perçus. S'il a joui d'un capital, il doit compte de cette jouissance exclusive comme il doit compte des fruits quand il a possédé un fonds. S'il perçoit des intérêts dus à l'hérédité, et s'il en a joui, il en doit également compte ; qu'importe qu'il jouisse de mille francs dus à la succession à titre de capital ou de mille francs qui lui sont dus à titre d'intérêts? Dans l'une et l'autre hypothèse, il s'est approprié une jouissance qui devait être commune, il en doit donc compte à ses cohéritiers, comme il leur doit compte de tout ce qu'il perçoit à titre de propriétaire exclusif, alors qu'il n'est que copropriétaire.

**222.** Il a été jugé par la cour de cassation que le cohéritier qui détient soit un immeuble, soit une somme d'argent faisant partie de la succession héréditaire, ne peut prescrire contre ses cohéritiers ni les fruits ni les intérêts, tant que l'indivision dure (2). La décision est très-

(1) Arrêt de rejet de la chambre civile du 5 janvier 1870 (Dalloz, 1870, 1, 58).
(2) Arrêt de rejet du 26 juin 1839 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1777).

juridique. En effet, pendant l'indivision, l'héritier ne possède pas en son nom particulier, il possède comme cohéritier, donc au nom de ses cohéritiers; c'est une possession de communiste; or, une pareille possession ne peut pas fonder de prescription, pas plus pour les intérêts et les fruits que pour le capital. La possession ne donne aucun droit à l'héritier; elle lui impose, au contraire, une obligation, celle de rendre compte à ses cohéritiers de sa jouissance; et cette obligation dure aussi longtemps que dure l'indivision.

**223.** L'héritier doit-il compte à ses cohéritiers du dommage qu'il leur cause? Si l'on admet que la communauté est un quasi-contrat, il n'y a aucun doute que les communistes doivent compte des dégradations qu'ils ont commises sur les biens héréditaires. Mais l'on n'a pas besoin de recourir à un quasi-contrat pour justifier l'obligation qui incombe aux héritiers de réparer le dommage qu'ils causent; le principe établi par l'article 1382 suffit : « Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer. » Et d'après l'article 1383, « chacun est responsable du dommage qu'il a causé, non-seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou son imprudence. » Cette obligation devient encore plus étroite entre copropriétaires. Quoiqu'il n'y ait aucune société entre eux, il y a cependant un lien qui naît de la communauté; chacun des cohéritiers, sachant qu'il n'a qu'un droit indivis sur les choses héréditaires, sait par cela même qu'il n'a pas le pouvoir d'en abuser, qu'il doit, au contraire, en usant de la chose, respecter le droit égal de ses cohéritiers. Il y a donc plus que négligence, il y a une espèce de mauvaise foi à dégrader les biens communs. Il y a un arrêt en ce sens qui, sans s'expliquer sur la cause de l'obligation, indemnise les cohéritiers en leur accordant une part plus grande dans les immeubles; les dégradations avaient été commises sur les immeubles, et l'héritier coupable n'avait pas les moyens de les payer (1).

(1) Montpellier, 1er février 1836 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1785).

**224.** L'héritier doit-il compte des bénéfices qu'il retire des conventions qu'il passe avec des tiers relativement à la succession? On lit dans un arrêt de la cour de cassation que l'héritier fait une affaire commune à ses cosuccessibles, lorsque le traité qu'il passe avec un étranger est relatif à la succession (1). C'était, dans l'ancien droit, la doctrine de Lebrun; il posait comme règle que « si, en quelque cas que ce soit, un des cohéritiers traite d'une dette passive de la succession avec le créancier, ou de toute autre affaire de la succession, soit avant, soit après le partage, il est obligé de communiquer sa composition à ses cohéritiers (2). » Merlin a soutenu la même opinion; mais les raisons sur lesquelles il la fonde ne sont pas faites pour lui donner faveur. Il prétend qu'il existe une société, non pas, à la vérité, conventionnelle, mais de fait, entre les héritiers saisis indivis ément d'une succession commune. Merlin en conclut que les rapports entre cohéritiers étant ceux d'un sociétaire avec ses associés, l'héritier qui a exercé le retrait successoral peut être contraint par ses cohéritiers à leur en communiquer le bénéfice (3). Il a été jugé en ce sens que l'héritier qui se rend cessionnaire d'une créance contre la succession, à des conditions avantageuses, est tenu de communiquer à ses cohéritiers le bénéfice de cette cession (4). La cour de Toulouse a décidé, dans les termes les plus généraux, que lorsque l'héritier acquiert quelque droit qu'un tiers avait sur les biens communs, ou fait quelque traité à l'occasion desdits biens, quoique pour lui seul, en son nom et pour son avantage, il est censé néanmoins le faire pour tous ses consorts, et peut être obligé de leur en faire part (5). Nous croyons que cette doctrine repose sur un faux principe. Il n'est pas vrai qu'il y ait société entre les cohéritiers et qu'ils soient tenus des obligations qui incombent aux associés. La loi est muette sur tout ce qui concerne l'indivision; il faut

(1) Arrêt de rejet du 28 juin 1836 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1891).
(2) Lebrun, *Des successions*, liv. IV, chap. II, sect III, n° 65.
(3) Merlin, *Répertoire*, au mot *Retrait successoral*.
(4) Rejet, 28 juillet 1838, et Aix, 4 mars 1841 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1764).
(5) Toulouse, 20 mars 1811 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1763).

donc, pour décider la difficulté, recourir aux principes qui régissent l'indivision. Or, l'indivision est un pur fait, qui par lui-même n'engendre ni droit ni obligation. Si les héritiers sont obligés de se rendre compte des fruits et des intérêts, ainsi que de tout ce qu'ils ont reçu pour le compte de l'hérédité, c'est qu'ils n'ont sur les biens héréditaires qu'un droit de copropriété ; ils dépassent leur droit en agissant comme propriétaires exclusifs, ils doivent par conséquent rendre compte à la succession de ce qui appartient à la succession. Mais quand ils font un bénéfice personnel en leur nom propre, il n'y a aucune raison pour qu'ils le communiquent à leurs cohéritiers. Les arrêts citent des lois romaines ; nous n'entrons pas dans ce débat, parce que les lois romaines n'ont plus pour nous qu'une autorité de raison ; or, dans l'espèce, les principes, tels qu'ils découlent de la nature de l'indivision, ne sont pas douteux (1).

#### N° 3. DE L'HÉRITIER ADMINISTRATEUR.

**225.** Les cohéritiers peuvent confier à l'un d'entre eux l'administration de l'hérédité. S'ils sont d'accord, ils peuvent faire telle convention qu'ils jugent convenable puisqu'ils sont propriétaires. S'ils ne s'entendent pas, le tribunal peut-il nommer un administrateur sur la demande de tous les héritiers ou de quelques-uns d'entre eux? On enseigne, en termes généraux et absolus, que le tribunal peut nommer un administrateur provisoire de la succession indivise, et la jurisprudence paraît être en ce sens (2). Les tribunaux ont-ils le droit d'intervenir dans l'exercice du droit de propriété? Non, certes ; la question ne peut pas même être posée lorsqu'il s'agit de la propriété exclusive. Eh bien, quand il y a plusieurs copropriétaires d'une chose commune, ils ont aussi un droit exclusif ; seulement

(1) Demolombe, t. XV, p. 464, n° 482.
(2) Demolombe, t. XV, p. 470, n° 485. Paris, 21 février 1814 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1763).

aucun d'eux séparément ne peut l'exercer; ils doivent s'entendre et agir de commun accord. S'ils ne s'entendent pas, il ne leur reste qu'à demander le partage pour mettre fin à l'indivision. Nous ne voyons pas de quel droit le tribunal interviendrait. S'il nomme un administrateur malgré les héritiers ou quelques-uns d'entre eux, il les dépouille d'un droit qu'ils ont comme propriétaires. Il est évident que le juge commettrait un excès de pouvoir puisqu'il violerait le droit de propriété. Alors même que les héritiers, d'accord pour nommer un administrateur, mais ne s'accordant pas sur le choix, demanderaient au tribunal de faire la nomination, nous ne croyons pas que le tribunal serait compétent. Il ne s'agit pas ici d'une contestation sur des droits ou des obligations; il s'agit de déléguer au juge l'exercice d'un droit de propriété : or, les particuliers ne peuvent pas investir le juge d'un pouvoir quelconque, le législateur seul a ce droit. Vainement dirait-on que l'hérédité ne peut pas rester sans administrateur; on répond, et la réponse est péremptoire, que c'est aux héritiers à y pourvoir, puisqu'ils sont les maîtres. Leur mésintelligence est un des inconvénients de l'indivision, c'est pour cela que la loi veut que l'on y mette un terme.

Lorsqu'il y a des cohéritiers absents dans le sens légal du mot, on applique les principes que nous avons exposés au titre de l'*Absence* (1). Dans la pratique, on les étend, par analogie, au cas où tous les héritiers ne sont pas sur les lieux. L'administrateur provisoire est nommé par le tribunal en chambre du conseil, et même, en cas d'urgence, par le juge des référés (2). Cela est de tradition, dit la cour de Bordeaux; il est certain que cela peut être nécessaire. C'est la nécessité qui a conduit les tribunaux à combler la lacune qui existe dans la loi.

**226.** S'il y a un administrateur, il peut faire tous les actes de conservation et d'administration provisoire. Quant à l'étendue de ses pouvoirs, il faut consulter la convention qui l'a nommé, ou le jugement, si l'on admet que le juge

(1) Voyez le tome II de mes *Principes*, p. 319, nos 252 et suiv.
(2) De Belleyme, *Ordonnances*, t. I, p. 41. Bordeaux, 22 novembre 1870 (Dalloz, 1872, 2, 8).

ait ce droit. Il va sans dire que le tribunal ne peut donner à l'administrateur provisoire le droit d'aliéner. Sa gestion ne devant durer que jusqu'au partage et n'étant légitimée que par la nécessité, le juge doit la limiter aux actes d'administration qui ont un caractère d'urgence : tel est le pouvoir de recevoir des capitaux, d'en donner décharge et de consentir mainlevée des inscriptions hypothécaires (1).

Les actes que l'administrateur fait profitent à tous les héritiers (2). A lui on doit appliquer la doctrine que nous venons de combattre (n° 224) : chargé des intérêts communs de tous les héritiers, il ne pourrait pas s'approprier le bénéfice d'un traité concernant un droit héréditaire, quand même il aurait agi en son nom ; il n'a plus le droit d'agir dans son intérêt privé, alors qu'il est le représentant de l'intérêt de tous (3). L'héritier administrateur doit compte de sa gestion ; c'est le droit commun. Il a été jugé qu'il doit même rendre compte des administrations qui ont précédé la sienne ; car un administrateur ne peut pas entrer en gestion sans exiger le compte de celui qui a géré avant lui : c'est encore le droit commun (4).

### N° 4. FIN DE L'INDIVISION.

#### I. *Principe de l'article* 815.

**227.** L'indivision n'a jamais été vue avec faveur. Il est vrai qu'il y a des utopistes et des socialistes qui ont fait de la communauté un idéal. Telle était même l'opinion des Pères de l'Eglise ; les ordres monastiques ont essayé de réaliser la perfection dite évangélique ; on sait qu'en fait la perfection a été une horrible imperfection (5). Pothier éprouve quelque embarras en parlant de la communauté ; comme catholique, il doit y voir un état de perfection ;

(1) Bertin, *Chambre du conseil*, t. II, n[os] 1264 et suiv. Bordeaux, 22 novembre 1870 (Dalloz, 1872, 2, 8). Comparez, plus bas, n° 311.
(2) Paris, 21 février 1814 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1763).
(3) Demolombe, t. XV, p. 462, n° 479.
(4) Arrêt de rejet du 25 mars 1840 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1762, 1°).
(5) Voyez mes *Etudes sur l'histoire de l'humanité*, t. IV, VII et VIII.

comme juriste, il aperçoit tous les inconvénients qui en sont inséparables; il se tire d'embarras en reléguant la communauté dans le prétendu âge d'innocence. « La communauté de biens, dit-il, ne convient plus aux hommes tels qu'ils sont aujourd'hui; il faut, pour entretenir la paix entre eux, que chacun ait le sien séparément; c'est ce qui est établi par l'expérience et l'exemple de tous les siècles (1). » C'est dire que l'homme n'est pas communiste de sa nature; il est, au contraire, profondément individuel: la propriété exclusive, comme nous l'avons dit ailleurs, n'est qu'une face de cette individualité (2). Si la propriété exclusive est dans la nature de l'homme, elle est par cela même en harmonie avec l'intérêt de la société. La société est intéressée au développement le plus large de la richesse publique; elle a donc intérêt à ce que les hommes tirent des biens tout le profit qu'ils peuvent donner. Or, l'homme ne s'attache à une chose que lorsqu'il en est le maître, il ne cultive avec soin, avec amour le fonds qu'il possède que s'il est à lui; les choses communes le laissent indifférent, ou peu s'en faut. De là suit que la communauté est contraire à l'intérêt général. C'est encore un axiome d'économie sociale, que les biens doivent circuler librement; or, les biens communs indivis se vendent difficilement; ils sont donc de fait hors du commerce, à moins que le propriétaire ne veuille vendre à perte. Il importe par conséquent à la société que l'indivision cesse pour faire place à la propriété exclusive. Enfin, l'expérience, à laquelle Pothier fait appel, atteste que la communauté est une source incessante de difficultés et par suite de procès.

Nous en avons déjà rencontré plus d'une (n^os 217 et 225). Le mal qui en résulte n'est pas seulement la multiplicité des procès; ces procès s'élèvent entre parents, souvent les plus proches, entre frères et sœurs, entre le père ou la mère survivants et leurs enfants. Si la communauté répand au sein des familles la désunion et la haine, c'est qu'elle donne rarement à tous les communistes des avantages égaux : le plus souvent ceux qui jouissent des biens sont

(1) Pothier, *Des successions*, chap. IV, art. 1er.
(2) Voyez le tome VI de mes *Principes*, p. 115, nos 87 et suiv.

avantagés au préjudice de ceux qui ne sont pas sur les lieux ; de là de sourds mécontentements qui dégénèrent en aigreurs, en soupçons malveillants ; la dissension est au bout, et quand la division règne au sein des familles, comment la grande société n'en souffrirait-elle pas ?

**228**. Ce sont les inconvénients de la communauté qui ont dicté la disposition de l'article 815 : « Nul ne peut être contraint à demeurer dans l'indivision ; et le partage peut être toujours provoqué, nonobstant prohibitions et conventions contraires. » Le principe établi par l'article 815 est d'ordre public, en ce sens qu'il est d'intérêt général ; il en résulte que l'on ne peut y déroger : c'est ce que dit l'article 815 lui-même. Il pourrait y avoir prohibition de partager, si le testateur ou le donateur défendaient de partager les biens qu'ils lèguent ou qu'ils donnent ; la clause ou condition serait considérée comme non écrite, aux termes de l'article 900. Si les héritiers convenaient de ne jamais partager l'hérédité, la convention serait nulle, et il y aurait lieu d'appliquer l'article 1172, d'après lequel toute condition d'une chose prohibée par la loi est nulle et rend nulle la convention qui en dépend. Nous renvoyons l'explication des articles 900 et 1172 aux titres des *Donations* et des *Obligations*.

**229**. Le principe établi par l'article 815 est général ; il s'applique à tous les cas où il y a communauté et par suite indivision. Il a été jugé que l'article 815 était applicable à la communauté de pâturage sur un terrain de bruyère ; l'acte prouvait que cette communauté était liée à l'indivision du terrain sur lequel le pâturage s'exerçait. De là la cour de cassation a conclu que les parties intéressées pouvaient demander le partage du terrain indivis et mettre fin par là à la communauté de pâturage. Dans l'espèce, on prétendait qu'il y avait servitude réciproque de pacage. Mais pour qu'il y ait servitude, il faut que le droit soit établi sur le fonds d'autrui, tandis que la bruyère appartenait aux deux propriétaires par indivis ; or, on ne peut avoir de servitude sur sa propre chose (1).

(1) Arrêt de rejet de la chambre civile du 18 novembre 1818 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1525).

**230.** Il peut y avoir communauté entre des nus propriétaires ou entre des usufruitiers ; peu importe quelle est la chose indivise, il suffit qu'il y ait indivision pour que l'article 815 soit applicable. Dans une espèce qui s'est présentée devant la cour de cassation, le partage était demandé par un héritier qui n'avait qu'une part de nue propriété dans une succession indivise (1). Ses cohéritiers lui objectaient qu'il n'avait aucun intérêt à provoquer le partage, puisqu'il n'avait pas le droit de jouir. L'objection tendait à laisser la nue propriété dans l'indivision aussi longtemps que l'usufruit durerait. Il est vrai que le nu propriétaire ne jouissant pas, l'indivision n'avait pas tous les inconvénients qu'elle présente d'ordinaire ; mais peu importe ; ce n'est pas à raison de tel ou tel inconvénient que la loi prohibe l'indivision forcée ; dès qu'il y a indivision, elle permet le partage. D'ailleurs le nu propriétaire était intéressé à faire déterminer la portion de biens qui lui appartenaient dans l'hérédité, pour en rendre l'aliénation plus facile ; la nue propriété se vend déjà difficilement ; l'aliénation devient encore plus difficile si la chose est indivise ; ce serait la mettre hors du commerce : et tel est un des motifs principaux pour lesquels la loi permet de mettre fin à l'indivision.

La même chose a été jugée dans l'espèce suivante. Par contrat de mariage, les futurs époux avaient disposé que le survivant d'entre eux aurait l'usufruit de tous les biens de l'autre ; et ils avaient ajouté cette clause que les héritiers du prémourant n'auraient droit au partage de sa succession qu'au décès du dernier vivant. Cette clause établissait l'indivision forcée entre les héritiers nus propriétaires, elle était donc nulle en vertu des articles 815 et 6 du code civil. Le donateur pas plus que le testateur ne peut prohiber le partage (2).

Si l'usufruit était indivis entre plusieurs usufruitiers, chacun d'eux pourrait demander le partage ; ils ont un droit dans la chose, ils sont intéressés par conséquent à

(1) Arrêt de cassation du 10 mai 1826 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1733, 1°). Comparez le tome VII de mes *Principes*, p. 50, n° 37.

(2) Metz, 3 juillet 1855 (Dalloz, 1856, 2, 204).

l'exercer sur des fonds dont ils aient la jouissance exclusive. Vainement dirait-on que l'indivision n'est que temporaire, puisqu'elle cessera avec l'usufruit, lequel est temporaire de sa nature. La loi ne fait pas de distinction. Dès qu'il y a indivision, elle permet le partage. Le mari lègue à sa femme l'usufruit du quart de ses biens ; il en résulte que la veuve est en état d'indivision avec les héritiers du prédécédé, et par suite ceux-ci peuvent demander le partage ou la licitation des immeubles de l'hérédité, lorsqu'ils sont reconnus impartageables. On objectait qu'il n'y a jamais indivision entre l'usufruitier et le nu propriétaire, ce qui est très-vrai; mais dans l'espèce il y avait des usufruitiers qui étaient en même temps nus propriétaires, il y avait donc indivision, quant à l'usufruit, entre la veuve usufruitière du quart et les héritiers usufruitiers des trois autres quarts; la veuve aurait eu, sans doute aucun, le droit de demander le partage des biens; donc ses co-usufruitiers devaient jouir de la même faculté. La veuve objectait encore que son usufruit lui donnait un droit réel de jouir des biens, que ce droit dans les biens de la succession ne pouvait pas être remplacé par un droit dans le prix, que c'était altérer son droit en transformant l'usufruit immobilier en usufruit mobilier. On lui répondait que telle était la conséquence nécessaire de la demande en partage autorisée par l'article 815, alors que les biens sont reconnus impartageables; la licitation devient alors un droit, et par suite la propriété immobilière aussi bien que l'usufruit immobilier se convertit en une somme d'argent (1).

**231.** Il a donc été mal jugé, suivant nous, que si un immeuble de la succession est grevé d'usufruit au profit de l'un des héritiers, cet immeuble doit être retranché du partage et laissé dans l'indivision jusqu'à l'extinction de l'usufruit. Dans l'espèce, la nue propriété était indivise; et la nue propriété peut être partagée malgré l'existence de l'usufruit; ce partage ne compromet en rien le droit de

(1) Rejet de la chambre civile. 24 juin 1863 (Dalloz, 1863, 1, 285). Cassation, 8 août 1836 (Dalloz, au mot *Enregistrement*, n° 2625).

l'usufruitier, il conservera sa jouissance dans l'immeuble qui en est grevé, et alors même que cet immeuble aurait dû être licité, l'usufruitier aurait conservé son usufruit, car on ne pouvait liciter que la nue propriété qui seule était indivise; or, la vente de la nue propriété ne change rien aux droits de l'usufruitier (1).

Il a encore été mal jugé, à notre avis, que si un usufruit grevant tous les biens de la succession au profit de la veuve a été constitué avec la faculté pour l'usufruitier d'abattre tels bâtiments, arbres et bois, à sa volonté, l'action en partage ne pouvait pas être admise. Dans l'espèce, l'un des héritiers demandait le partage, les autres s'y opposaient à raison de la difficulté de fixer la valeur des immeubles, cette valeur pouvant diminuer par suite des droits accordés à la veuve usufruitière. La cour ordonna de suspendre le partage jusqu'à l'extinction de l'usufruit. C'était sans doute le parti le plus sage pour les héritiers, puisque cela évitait les actions récursoires qui auraient été nécessaires si l'usufruitière, usant de son droit, avait abattu des bâtiments ou des bois (2). Mais c'était admettre une exception à l'article 815, c'est-à-dire une dérogation à un principe d'ordre public, ce qui est contraire à tout principe. Le partage devait être admis malgré les inconvénients qu'il présentait.

**232**. L'article 815 cesse d'être applicable quand il n'y a pas d'indivision ou quand l'action ne tend pas au partage d'une chose commune. Il n'y a pas indivision entre le nu propriétaire et l'usufruitier; chacun a une propriété distincte et indépendante de l'autre; il n'y a donc rien à partager, partant il n'y a pas lieu d'appliquer l'article 815. Il peut sans doute s'élever des contestations entre le nu propriétaire et l'usufruitier, et il y aurait eu intérêt à prévenir ces conflits, en attribuant à l'usufruitier un droit de propriété exclusive sur une partie du fonds. Par voie de convention, cela peut se faire, puisque les parties sont libres de disposer de leurs droits comme elles l'entendent.

(1) Bordeaux, 20 avril 1831 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1528, 1°).
(2) Paris, 31 août 1813 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1529).

Mais ce n'est pas là une demande en partage, car il n'y a rien d'indivis (1).

Il se peut qu'il y ait une chose indivise, mais que l'action ne tende pas au partage. En ce cas, il va sans dire qu'il n'y a lieu ni à partage ni à licitation. Un canal appartient en commun à deux propriétaires d'usines. L'un d'eux fait des travaux destinés à retenir les eaux du canal ; l'autre en demande la destruction. Est-ce là une action en partage qui doit toujours être admise? On l'a prétendu; la cour de cassation a rejeté cette singulière prétention. L'action tendait à réprimer les innovations que l'un des copropriétaires avait faites à la chose commune, mais il ne demandait pas le partage des eaux; donc l'article 815 était étranger au débat (2).

**233.** L'article 815 est-il applicable à tous les cas où il y a indivision? La négative est certaine pour la communauté qui existe entre époux ; le partage ne peut être demandé qu'à la dissolution de la communauté, et cette dissolution n'a lieu que dans les cas déterminés par la loi, la mort, le divorce, la séparation de corps ou la séparation de biens. Est-ce une exception à l'article 815? ou ne faut-il pas dire plutôt que l'article 815 n'est pas applicable à l'indivision qui est la suite d'une convention intervenue entre les copropriétaires? Nous croyons qu'il faut poser en principe que l'article 815 ne concerne que les cas où l'indivision résulte d'une communauté de fait, sans concours de consentement entre les copropriétaires, sans but commun; telle est l'hérédité, de quelque nature qu'elle soit, *ab intestat*, testamentaire ou contractuelle. Ce n'est pas par leur volonté que les héritiers sont devenus copropriétaires, ils n'ont aucun intérêt à maintenir cette indivision de hasard, précisément parce qu'elle est accidentelle; leur intérêt est, au contraire, qu'elle prenne fin le plus tôt possible. Il en est tout autrement quand la communauté est volontaire, et qu'elle est stipulée pour attein-

(1) Douai, 16 février 1828 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 2137). Par la même raison, il n'y a pas lieu à licitation entre l'usufruitier et le nu propriétaire Rejet du 27 juillet 1869 (Dalloz, 1872, 1, 171).

(2) Arrêt de rejet du 3 avril 1838 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1503).

dre une fin commune. Telle est la communauté entre époux; elle a un but qui est d'ordre public aussi bien que le mariage, c'est d'unir les époux par l'intérêt comme ils le sont par l'affection. Dès lors la demande en partage ne se concevrait pas : l'article 815 est étranger à cet ordre de choses.

Il en serait de même d'une société contractée entre plusieurs personnes qui mettent en commun des immeubles ou des choses immobilières. Les associés sont liés par leur contrat; ils ne peuvent pas s'en dégager en demandant le partage en vertu de l'article 815. Il y a un arrêt de la cour de cassation en ce sens, et cela ne fait pas de doute (1). L'article 815 est hors de cause, et la raison en est bien simple. Il n'y aurait pas de société possible si les associés pouvaient à chaque instant demander le partage des biens indivis. Or, aucun contrat n'est plus favorable au développement de la richesse publique et particulière que la société. Donc le même intérêt social qui s'oppose au maintien de l'indivision forcée demande que l'indivision subsiste entre associés, au moins tant que le but de la société peut être atteint; car la loi prévoit que la société pourrait devenir nuisible si les associés étaient forcés de la maintenir. Nous reviendrons sur ce point au titre de la *Société*.

**231**. Nous croyons que le même principe est applicable dans tous les cas où l'indivision résulte d'une convention librement contractée. La jurisprudence nous en offre plusieurs exemples. Nous rapportons les décisions parce qu'on leur a donné une portée qu'elles n'ont pas, en y voyant des exceptions au principe de l'article 815; les tribunaux, pas plus que les parties intéressées, n'ont le droit d'apporter une exception à un principe d'ordre public. Mais le juge peut décider que l'article 815 n'est pas applicable à des conventions pour lesquelles il n'a pas été fait.

Des habitants d'une commune achetèrent conjointement un immeuble pour servir de logement à leur pasteur. Quelques-uns des acheteurs demandèrent le partage de la mai-

(1) Arrêt de rejet du 5 juillet 1825 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1535). Comparez les auteurs cités par Dalloz; il faut ajouter Demante, t. III, p. 215, n° 139 *bis* IV.

son et de ses dépendances. La cour de Colmar jugea qu'il n'y avait pas lieu d'appliquer l'article 815, parce que les habitants qui figuraient au contrat n'avaient pas voulu acheter la maison pour en jouir en commun, qu'ils s'étaient interdit, au contraire, toute jouissance en la destinant à l'usage du pasteur (1). Ce motif n'est pas très-concluant. L'article 815 ne laisse pas d'être applicable, bien que les copropriétaires par indivis ne jouissent pas de la chose commune : tel est le cas d'héritiers nus propriétaires (n° 230). Il y avait un autre motif de décider qui est péremptoire : c'est que l'indivision était volontaire, elle avait un but qui excluait toute demande en partage, l'immeuble devant être donné au pasteur; donc l'article 815 était hors de cause.

Un père donne à ses enfants la propriété d'un immeuble en se réservant l'usufruit de la moitié du bien donné, avec clause de retour en cas de prédécès des donataires. L'un des donataires, voulant sortir d'indivision, poursuit la licitation de l'immeuble indivis, et conclut à ce que la vente se fasse contradictoirement avec le donateur usufruitier. Celui-ci s'oppose à la licitation; il se fonde sur son contrat, aux termes duquel le droit d'usufruit est une condition de la libéralité que les donataires ont acceptée, et qu'ils doivent par conséquent exécuter; or, ils en altéreraient l'exécution en licitant l'immeuble, de plus la licitation empêcherait le donateur d'exercer son droit de retour, qui constituait également une clause de la donation. La cour de Paris fut d'avis que la donation avait établi entre le père et ses enfants un état d'indivision que chacun des communistes était en droit de faire cesser. Pourvoi en cassation. Le père soutient que l'article 815 n'est pas applicable à l'espèce, pas plus qu'il ne l'est en matière de société. La cour de cassation cassa l'arrêt, en décidant qu'il n'y avait pas indivision entre le père usufruitier et les enfants nus propriétaires. Sans doute, dit la cour, la réserve d'usufruit peut gêner la libre disposition des biens entre les codonataires, mais elle ne leur interdit

(1) Colmar, 20 mars 1813 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1528, 2°).

pas l'action en partage de la nue propriété qui est seule indivise entre eux; l'usufruitier doit rester étranger à ce partage et à la licitation qui en est la suite, parce qu'il n'est pas copropriétaire de la nue propriété, laquelle seule peut être partagée ou licitée sous la réserve des droits de l'usufruitier. Les enfants, dit l'arrêt, ne pouvaient pas enlever au père la jouissance de l'immeuble à laquelle ils avaient consenti, ni le droit de retour qui était également une clause du contrat. En définitive, l'article 815 était inapplicable. On aurait tort de conclure de l'arrêt que les communistes ne pouvaient demander le partage ni la licitation; l'arrêt dit tout le contraire, mais en partageant et en licitant, ils ne pouvaient porter atteinte à des droits qu'eux-mêmes avaient consentis.

**235.** Le principe de l'article 815 reçoit-il des exceptions? La jurisprudence et la doctrine admettent qu'il y a exception dans le cas où, en partageant une maison, les parties contractantes laissent en commun une allée, une porte, ou toute autre dépendance qui est nécessaire à l'exploitation des immeubles partagés. Il y a beaucoup de confusion dans les décisions judiciaires sur cette indivision forcée, ainsi que dans la doctrine des auteurs. On la considère comme une espèce de servitude réciproque. Cela est inadmissible, parce que cela est en opposition avec un principe élémentaire de droit : *res sua nemini servit*. Il y a, en réalité, une chose commune qui reste indivise. La difficulté est de savoir si cette indivision peut être perpétuelle. Nous avons examiné la question au titre des *Servitudes*, et nous l'avons décidée négativement (1). Ce que nous venons de dire de l'indivision volontaire soulève un doute. Ne peut-on pas dire que si certaines parties d'une maison restent indivises, c'est une indivision contractée volontairement, dans un but d'utilité commune, et que par conséquent l'article 815 est inapplicable? Nous maintenons notre opinion malgré ce motif de douter. Constatons d'abord que, dans l'espèce, il y a une communauté de fait, involontaire, par suite d'hérédité. Les cohéritiers parta-

(1) Voyez le tome VII de mes *Principes*, p. 189, nos 162-164.

gent; la question est de savoir si, en partageant, ils peuvent laisser une partie des biens dans une indivision perpétuelle? C'est bien le cas de l'article 815 : la loi prohibe l'indivision forcée, sans distinguer s'il s'agit d'une dépendance des biens partagés ou s'il s'agit de tous les biens; l'indivision partielle est interdite aussi bien que l'indivision totale. Cela décide la question. Reste à savoir s'il y a une raison de différence entre l'indivision née d'un contrat volontaire que nous admettons avec la jurisprudence, et l'indivision, aussi volontaire, qui est la continuation d'une communauté de fait. Oui, la première est temporaire; elle a pour objet un but commun qui, une fois atteint, met fin à l'indivision; la communauté entre époux finit, les sociétés finissent. Tandis que l'indivision forcée entre copropriétaires de deux maisons serait perpétuelle; cette indivision pourrait faire naître chaque jour des difficultés et des procès; et en réalité les procès ne manquent pas, comme le prouvent les nombreux arrêts rendus en cette matière. N'est-il pas plus simple et plus légal de procéder à la licitation, comme la loi le veut, quand les immeubles sont impartageables?

**236**. Les habitants d'une commune peuvent-ils invoquer le principe de l'article 815 pour demander le partage des biens communaux? Il est évident que non, ils ne sont pas propriétaires, il n'y a aucune indivision entre eux, c'est la commune qui est propriétaire. L'article 815 est donc absolument étranger à la question. Des lois portées pendant la Révolution (1) avaient ordonné le partage des biens communaux; elles ont été abrogées par les lois du 21 prairial an XI et du 9 ventôse an XII. En définitive, les communes restent sous l'empire du droit commun. Quand deux communes sont copropriétaires par indivis d'un terrain, elles peuvent en demander le partage. Deux communes ont le droit de cultiver un étang asséché chaque troisième année : il a été jugé que ce droit constituait une copropriété du fonds qui donnait lieu à l'action en partage ou en licitation (2).

(1) Lois du 14 août 1792 et du 10 juin 1793.
(2) Rejet, 28 janvier 1838 (Dalloz, au mot *Succession*, nº 1526).

L'usage de cultiver les étangs alternativement et de les empoissonner ensuite existe dans les pays de Dombes et de Bresse, compris entre la Saône, le Rhône et l'Ain. On appelle *évolage* l'étang rempli d'eau et empoissonné ; on l'appelle *assec* quand il est pêché et cultivé. La cour de cassation a jugé que l'*évolage* et l'*assec* constituent des propriétés indivises pour ceux qui en jouissent distinctement, et que par suite il y a lieu à l'application de l'article 815 ; peu importe qui sont les propriétaires, communes ou particuliers (1). La question n'ayant qu'un intérêt local, nous renvoyons à l'arrêt de la cour de cassation et à la note qui l'accompagne.

### II. *Dérogation à l'article* 815.

#### 1. CONVENTION.

**237.** Après avoir établi le principe que nul ne peut être contraint à demeurer dans l'indivision, l'article 815 ajoute : « On peut cependant convenir de suspendre le partage pendant un temps limité : cette convention n'est pas obligatoire au delà de cinq ans, mais elle peut être renouvelée. » Il peut être de l'intérêt des héritiers de ne pas procéder au partage ; très-souvent le partage rend la vente nécessaire ; or, les circonstances, une révolution, une guerre, une crise industrielle, peuvent déprécier momentanément les propriétés ; il convient alors d'attendre un moment plus favorable. Parfois des motifs de convenance commandent aux enfants de rester dans l'indivision avec le survivant de leurs père et mère, afin de lui conserver la jouissance entière de la fortune du défunt ; c'est un devoir pour eux de ne pas blesser dans ses intérêts celui qui souffre dans ses affections. Le législateur a donc dû admettre une exception à côté de la règle ; mais les motifs d'ordre public qui ont fait porter la règle reparaissent jusque dans l'exception, la loi ne veut pas qu'elle s'étende au delà de cinq ans ; d'ailleurs les raisons qui la justi-

(1) Cassation, 5 juillet 1848 (Dalloz, 1848, 1, 137).

fient étant temporaires, il convient que l'exception aussi le soit.

**238.** L'article 815 dit que l'on peut *convenir* de suspendre le partage; il faut donc une convention, c'est-à-dire le concours de consentement de tous les intéressés. On demande si la clause d'indivision peut être stipulée dans un partage d'ascendant fait par donation entre vifs. Une mère partage ses biens entre ses enfants, sous différentes charges et sous la condition de ne pouvoir procéder à aucun partage en nature des biens donnés avant son décès. Y a-t-il convention d'indivision? Et qui est obligé par cette convention? La donation étant un contrat, il est certain que les copartageants ont consenti à la clause d'indivision; mais ils n'ont pu y consentir que dans les limites de l'article 815, c'est-à-dire pour cinq ans. Avant l'expiration des cinq ans, l'un des enfants meurt et la mère lui succède pour un quart; elle demande le partage; il a été jugé qu'elle n'était pas recevable, parce que, comme héritière de l'un des copartageants, elle était liée par la clause d'indivision que celui-ci avait souscrite (1).

Le cas serait différent et la décision différente si un contrat de mariage imposait l'indivision aux héritiers des parties contractantes. Par exemple, les époux se donnent l'usufruit l'un à l'autre des biens qu'ils laisseront à leur décès, et ajoutent cette clause que leurs héritiers ne pourront pas demander le partage des biens avant le décès du donataire. Est-ce là une *convention* d'indivision? Non, certes, car les héritiers ne figurent pas au contrat, de leur part il n'y a donc aucun consentement; c'est une prohibition de partager, imposée par un contrat; une prohibition pareille est nulle à tous égards, et comme pacte successoire, et en vertu de l'article 815. Les futurs époux peuvent, il est vrai, faire des conventions sur leur succession future par des donations de biens à venir; mais dans l'espèce, ils imposaient à leurs héritiers une prohibition de partager, ils faisaient donc un pacte successoire en dehors

(1) Jugement du tribunal de la Seine, du 6 juillet 1849 (Dalloz, 1849, 3, 76).

des conditions permises par la loi; de plus, la clause était nulle en vertu de l'article 815, car ce n'était pas une convention, c'était une prohibition; or, la loi défend ces prohibitions (1).

L'article 815 serait-il applicable au cas où l'un des copartageants ferait à un tiers une promesse de vente d'un immeuble indivis, si cette promesse dépassait le terme de cinq ans? Il a été jugé, et avec raison, que l'article 815 est étranger à cette hypothèse. La promesse de vente n'est pas une convention d'indivision; elle n'intervient pas entre cohéritiers, et elle n'empêche pas les contractants de demander le partage (2).

**239.** La convention qui suspend le partage pour un terme qui excède cinq ans, est-elle nulle, ou seulement réductible au terme légal? Telle serait la clause d'un partage d'ascendant qui stipulerait l'indivision pendant la vie de l'ascendant donateur. On admet généralement que la convention d'indivision est valable, mais seulement pour un terme de cinq ans. L'article 1660 fournit un argument d'analogie très-puissant à l'appui de cette opinion. Après avoir posé en principe que la faculté de rachat ne peut être stipulée pour un terme excédant cinq années, la loi décide que si elle a été stipulée pour un temps plus long, elle est réduite à ce délai. Le législateur suppose que telle est l'intention des parties contractantes. On peut en dire autant du pacte d'indivision; les héritiers qui consentent à rester dans l'indivision pendant dix ou vingt ans consentent, à plus forte raison, à y rester pendant cinq ans. On objecte qu'il faudrait consulter, avant tout, l'intention des parties contractantes. Leur volonté fait loi, cela va sans dire, mais la question se présente précisément quand elles n'ont pas manifesté leur volonté, et alors on doit admettre par analogie la décision de l'article 1660 (3).

**240.** Si la convention suspendait le partage pour un temps illimité, faudrait-il encore appliquer par analogie

(1) Metz, 3 juillet 1855 (Dalloz, 1856, 2, 204).
(2) Rejet, 24 juillet 1860 (Dalloz, 1860, 1, 456).
(3) Duranton, t. VII, p. 160, n° 81. Comparez Demolombe, t. XV, p. 478, n° 501, et l'arrêt précité de la cour de Metz (note 1).

l'article 1660 et le réduire à cinq ans? Nous croyons que le texte décide la question. L'article 815 commence par dire que l'on peut toujours provoquer le partage nonobstant conventions contraires; puis il ajoute cette restriction : On peut cependant convenir de suspendre le partage pendant un *temps limité*. Donc la convention d'une indivision illimitée n'est pas permise, elle tombe par conséquent sous l'application de l'article 815, premier alinéa : le partage pourra être demandé malgré cette convention. Cette interprétation est aussi fondée en raison. La convention d'indivision illimitée est contraire à l'ordre public, donc elle est frappée de nullité; les parties ont voulu ce que la loi prohibe, et elles n'ont pas voulu ce qu'elle permet; donc leur convention est inopérante (1).

**241**. Aux termes de l'article 815, la convention d'indivision peut être renouvelée, bien entendu pour un terme de cinq ans. Il n'y a pas de difficulté lorsque le renouvellement se fait après l'expiration du premier terme. On demande si la convention peut être renouvelée pendant le cours de la première convention. L'affirmative n'est pas douteuse; mais le nouveau terme de cinq courra à partir du jour où il a été stipulé, car le partage ne peut être suspendu que pendant cinq ans; donc les cohéritiers ne peuvent être liés que pour un délai de cinq ans (2).

**242**. La convention d'indivision peut-elle être opposée aux créanciers des parties contractantes? D'après l'article 2205, la part indivise d'un cohéritier dans les immeubles d'une succession ne peut être mise en vente par ses créanciers personnels avant le partage; la loi leur donne le droit de provoquer le partage s'ils le jugent convenable. Les créanciers sont donc intéressés à ce que la succession soit partagée; tant qu'elle ne l'est point, leur droit d'expropriation est suspendu, ce qui revient à dire qu'ils ne pourront pas user du droit de gage que la loi leur accorde (art. 2092), et par suite ils n'obtiendront pas le paye-

(1) Voyez les diverses opinions dans Demolombe, p. 479 n° 502. Il y a un jugement, dans le sens de notre opinion, du tribunal de Beaune du 9 décembre 1858 (Dalloz, 1859, 3, 69).

(2) Aubry et Rau sur Zachariæ, t. IV, p. 375, note 4. Demante, t. III, p. 215, n° 139 *bis* III.

ment de leurs créances. Est-ce que les héritiers peuvent, en maintenant l'indivision, paralyser les droits de leurs créanciers? Il y a quelque incertitude sur cette question dans la doctrine. En principe, elle doit être décidée négativement. Quand la loi donne des droits aux créanciers, il est impossible d'admettre que le débiteur puisse en paralyser l'exercice par une convention d'indivision qu'il pourrait renouveler indéfiniment. D'ailleurs les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties, on ne peut donc pas les opposer aux créanciers des parties contractantes. Objectera-t-on que les créanciers ne sont pas des tiers, qu'ils sont les ayants cause du débiteur? Nous dirons, au titre des *Obligations*, quel est le sens de cette règle dont on abuse étrangement. Quand un contrat n'engendre qu'un lien d'obligation, ce lien n'existe qu'entre les parties qui y figurent; les créanciers ne sont pas parties, donc le contrat ne peut leur être opposé. Dira-t-on qu'il faut distinguer entre les créanciers hypothécaires et les créanciers personnels? Il est vrai que ceux-ci n'ont pas le droit de suite et que le gage qu'ils ont dans les biens de leur débiteur leur échappe, du moment que les biens sont aliénés. Mais, dans l'espèce, il ne s'agit pas du droit de suite, les biens de la succession sont dans le patrimoine du débiteur; il s'agit de savoir s'il peut les soustraire à l'action de ses créanciers. Nous ne croyons pas qu'il le puisse, quand même les tiers auraient contracté avec lui après la convention d'indivision. En effet, en s'obligeant envers eux, il leur donne un gage sur ses biens; en vertu de ce gage, les créanciers peuvent saisir les biens, et s'ils sont indivis, ils peuvent provoquer le partage. La convention d'indivision ne crée qu'un lien personnel d'obligation, elle n'affecte pas les biens; ceux-ci restent donc assujettis à l'action des créanciers (1).

### 2. TESTAMENT.

**243.** Le testateur peut-il prohiber le partage entre ses

(1) Chabot, t. II, p. 815, n° 9 de l'article 232. Duranton, t. VII, p. 162, n° 84. Comparez Zachariæ, édition d'Aubry et Rau, t. IV, p. 375 et note 4. Demolombe, t. XV, p. 484, n° 509.

légataires ou ses héritiers? peut-il le suspendre pendant un terme de cinq ans? Cette question est très-controversée. Il nous semble que le texte et l'esprit de la loi la décident contre le testateur. L'article 815 dit que le partage peut toujours être provoqué nonobstant *prohibitions* et *conventions* contraires. Voilà une règle générale; elle s'applique au testateur comme aux parties contractantes; le testateur *prohibe*, les cohéritiers *conviennent;* la *prohibition* est nulle aussi bien que la *convention*. Vient après cela une exception à la règle : « On peut *convenir* de suspendre le partage pendant un temps limité : cette *convention* n'est obligatoire que pour cinq ans. » Ainsi la règle comprend la *prohibition* émanée du *testateur* et les *conventions* faites par les *cohéritiers*, tandis que l'exception ne porte que sur les *conventions* des héritiers. Donc le testateur reste dans la règle, c'est-à-dire qu'il ne peut aucunement prohiber le partage, pas même pour cinq ans. Y a-t-il une raison de cette différence que la loi fait entre la convention et le testament? Merlin l'explique parfaitement. « Après la mort du testateur, dit-il, les héritiers ayant pris connaissance de sa succession, aussi bien que de leurs sentiments réciproques, sont à portée de juger s'ils peuvent, sans compromettre leur tranquillité respective, sans s'exposer à des discussions fâcheuses, renoncer pour un certain temps à la faculté de demander partage. Mais le testateur peut-il savoir, au moment où il dispose, si les héritiers seront d'humeur à rester dans l'indivision pendant un temps quelconque? »

Qu'oppose-t-on à ces raisons, qui sont péremptoires? Que le testateur peut mieux apprécier l'intérêt de ses héritiers que ceux-ci. Admettons qu'il en soit ainsi. Le testateur imposera donc l'indivision à ses héritiers; leur imposera-t-il aussi des sentiments de paix et de concorde? C'est une chose très-chanceuse que de vouloir faire le bien des hommes malgré eux. Laissez-les juges de leur intérêt; s'il exige l'indivision, ils s'y résigneront; que si leur animosité ne leur permet pas d'écouter la voix de la raison, mieux vaut qu'ils agissent contre leur intérêt en demandant le partage, que de les contraindre à rester dans l'indivision

malgré eux. Le législateur a donc été plus sage que les interprètes, en défendant toute prohibition de partager, fût-elle temporaire.

On fait une autre objection, la seule qui ait quelque valeur. Dans l'ancien droit, on admettait que le testateur pouvait défendre le partage pendant un certain temps. Telle était notamment l'opinion de Pothier, auquel les auteurs du code ont emprunté la disposition de l'article 815. Or, si l'on compare le texte du code avec les expressions de Pothier, on se convaincra que par le mot *convention*, dans le deuxième alinéa de l'article 815, le législateur entend non-seulement un contrat, mais aussi un testament. Pothier, de même que l'article 815, commence par dire qu'il y a lieu à l'action en partage, bien que les cohéritiers soient *convenus* entre eux que l'indivision serait perpétuelle; par identité de raison, on ne suivrait pas la volonté du testateur qui aurait défendu à ses héritiers de partager ses biens. Voilà le premier alinéa de l'article 815. On peut cependant *convenir*, continue Pothier, de différer le partage jusqu'à un certain temps; ainsi, si le testateur n'a pas défendu absolument le partage de ses biens, mais s'est contenté d'ordonner qu'il fût différé pendant un certain temps, sa volonté doit être suivie. « La raison en est que *cette convention des parties*, cette *volonté du défunt* n'a rien de contraire à la nature de la communauté. » Donc le mot *convenir*, dont Pothier et après lui le code se servent, comprend tout ensemble les conventions des héritiers et la volonté du testateur. M. Demolombe trouve la preuve irrécusable; il oublie que Pothier, après avoir confondu dans le mot *convenir* la convention et le testament, distingue ensuite très-nettement la *convention des parties* et la volonté du défunt. En est-il de même du code? Non, il ne parle que de la convention, et ne dit pas un mot de la volonté du testateur. Donc l'argument de texte subsiste, et il est décisif (1).

**244.** Il suit de là que la clause du testament qui dé-

(1) Voyez les diverses opinions dans Demolombe, t. XV, p. 486, n° 511. Demante établit très-bien le principe, t. III, p. 264, n° 139 *bis* II. La juris-

fend le partage pendant un temps limité est nulle, comme contraire à une loi d'ordre public. Par conséquent, il faut appliquer l'article 900, aux termes duquel les conditions contraires aux lois sont réputées non écrites dans les dispositions entre vifs ou testamentaires (1). Il résulte de là une difficulté quand la clause d'indivision, pour un temps limité, est ajoutée à un partage d'ascendant fait par donation : sera-t-elle valable à titre de convention, ou sera-t-elle nulle en vertu de l'article 900, comme étant imposée par le donateur? Il nous semble que c'est le principe de l'article 815 qui doit recevoir son application. La clause d'indivision n'est pas nulle d'une manière absolue ; elle devient valable lorsqu'elle a été stipulée dans une convention ; or, la donation est une convention ; si les copartageants peuvent convenir de suspendre le partage après le décès de leur auteur, ils doivent avoir le même droit en consentant à un partage d'ascendant, puisque ce partage remplace celui qui se fait après l'ouverture de l'hérédité. Vainement dit-on que la clause serait nulle si le partage d'ascendant était fait par testament; cela est vrai, mais il y a une raison de cette différence; dans un cas, les copartageants consentent à la clause d'indivision, tandis que dans l'autre elle leur est imposée.

## § II. *De l'action en partage.*

### N° 1. DE LA CAPACITÉ REQUISE POUR FORMER L'ACTION.

**245.** Quelle est la capacité requise pour former l'action en partage? faut-il être capable d'aliéner ou suffit-il d'être capable d'administrer? Pothier répond que le partage est une espèce d'aliénation, parce qu'il restreint aux seuls effets qui échoient au lot du cohéritier le droit qu'il

prudence est hésitante comme la doctrine. Voyez les arrêts, à peine motivés, dans Dalloz, au mot *Succession*, n[os] 1504, 1508 et 1510. Il y a un jugement en faveur de notre opinion, du tribunal de Bruxelles, du 22 juin 1872, très-bien motivé (*Pasicrisie*, 1872, 3, 177).

(1) Jugement du tribunal de Bruxelles, 27 avril 1861 (*Belgique judiciaire*, t. XIX, p. 1591), et le jugement précité note de la page précédente).

avait auparavant sur tous les effets de la succession. Voilà pourquoi, dit-il, la demande en partage n'est permise ni au mineur, ni à son tuteur, ni au mineur émancipé (1). Cela était vrai en droit romain, qui considérait le partage comme un acte translatif de propriété, parce qu'il implique un échange. Cela n'est plus vrai dans notre droit, puisque le partage est déclaratif de propriété (art. 883). Mais quoique n'étant pas une aliénation en droit, il est certain que le partage a, en fait, une importance presque aussi grande que l'aliénation, car il détermine les droits qui appartiennent aux héritiers et sont censés leur avoir toujours appartenu sur les biens de la succession; or, il y a des biens plus ou moins avantageux, des biens qui conviennent à l'un des copartageants et ne conviennent pas à l'autre; l'intérêt des héritiers peut donc être gravement lésé par le partage. Ils peuvent même être intéressés à ce que l'indivision continue. De là la nécessité d'une certaine capacité pour former une demande en partage; mais il est difficile de la définir. Ce n'est pas, comme le disait Pothier, la capacité d'aliéner. En effet, le code permet au tuteur de demander le partage avec la seule autorisation du conseil de famille, tandis que, pour aliéner, il lui faut l'homologation du tribunal. Cela prouve en même temps que la capacité d'administrer ne suffit point pour intenter cette action. Nous arrivons à la conclusion que le partage étant un acte d'une nature spéciale, il faut aussi une capacité spéciale (2). C'est donc le texte qui décide la question.

**246.** Aux termes de l'article 465, le tuteur doit avoir l'autorisation du conseil de famille pour provoquer un partage; il peut, sans y être autorisé, répondre à une demande en partage dirigée contre le mineur. Pourquoi peut-il défendre sans autorisation? La raison en est que le partage doit avoir lieu dès qu'il est demandé, puisque nul ne peut être contraint à demeurer dans l'indivision. Or, dès que le partage est nécessaire, il est inutile de faire

(1) Pothier, *Des successions*, chap. IV, art. 1, § II.
(2) Demante, t. III, p. 220, n° 142.

intervenir le conseil de famille pour autoriser un acte qu'il ne peut pas empêcher.

En ce qui concerne l'action en partage, l'autorisation est requise, alors même que la succession serait purement mobilière. Nous l'avons déjà dit ailleurs (1). Cela prouve que la capacité de plaider ne suffit pas pour intenter l'action en partage, car le tuteur a le droit de former les actions mobilières sans autorisation aucune. Mais l'autorisation du conseil de famille ne doit pas être homologuée, comme elle doit l'être quand il s'agit d'une aliénation (2).

Ce que nous disons du mineur s'applique à l'interdit. Il a cependant été jugé que le tuteur de l'interdit ne peut provoquer le partage d'immeubles indivis entre l'interdit et des majeurs qu'avec l'autorisation du conseil de famille homologuée en justice; la cour se fonde sur ce que l'action, dans l'espèce, devait conduire probablement à une licitation (3). C'est un motif de douter, car la licitation est une vente; il en est traité au titre de la *Vente* (art. 1686); au lieu de donner aux copropriétaires leur part en nature, elle ne leur donne qu'une somme d'argent. Néanmoins il faut décider, croyons-nous, que l'autorisation du conseil de famille suffit. En effet, la licitation est la conséquence forcée du partage quand l'immeuble est impartageable (art. 827); la question doit donc être décidée d'après les principes qui régissent l'action en partage; il serait peu logique que pour le partage l'autorisation du conseil de famille suffise, tandis qu'elle ne suffirait pas pour la licitation, qui est une suite du partage. Telle est du reste l'opinion généralement suivie.

**247.** Les mineurs émancipés doivent être assistés de leur curateur pour procéder au partage des successions qui leur sont échues, sans distinguer s'ils sont demandeurs ou défendeurs (art. 840). Ils n'ont pas besoin de l'autorisation du conseil de famille; nous avons déjà dit ailleurs

(1) Voyez le tome V de mes *Principes*, p. 86, n° 74. Comparez Duranton, t. VII, p. 186, n° 104; Demante, t. III, p. 222, n° 143 *bis* II.
(2) Voyez le tome V de mes *Principes*, p. 86, n° 75. Comparez Demolombe, t. XV, p. 545, n° 561.
(3) Angers, 19 juin 1851 (Dalloz, 1851, 2, 163).

que telle est l'opinion générale, sauf le dissentiment de Delvincourt (1). Etant incapables, on conçoit qu'ils doivent être assistés par leur curateur, lequel a pour mission de couvrir leur incapacité.

**248.** Les personnes placées sous conseil judiciaire peuvent-elles faire un partage sans l'assistance de leur conseil? La question est controversée. Nous l'avons examinée ailleurs (2).

**249.** Quant aux absents, il faut distinguer les diverses périodes de l'absence. Dans la première, la présomption d'absence, le tribunal commet un notaire pour représenter les présumés absents dans le partage des successions qui leur sont échues avant leur absence (art. 113). S'il s'ouvre une succession alors que leur existence est devenue incertaine, elle est dévolue à ceux avec lesquels ils auraient eu le droit de concourir, ou à ceux qui l'auraient recueillie à leur défaut (art. 136). Le notaire qui représente les présumés absents a-t-il le droit d'intenter l'action en partage? Nous avons examiné la question au titre de l'*Absence* (t. II, n° 142, p. 181).

Après la déclaration d'absence, l'action en partage appartient aux parents envoyés en possession (art. 817). Il n'y a pas à distinguer entre les envoyés provisoires et les envoyés définitifs. Quant à ceux-ci, il ne pouvait y avoir de doute, puisqu'ils peuvent aliéner les biens de l'absent. Il n'en est pas de même des envoyés provisoires, qui n'ont qu'un pouvoir d'administration, et le droit d'administrer ne suffit pas, en général, pour former l'action en partage. Si la loi l'accorde aux envoyés provisoires, c'est que l'on ne peut pas dire d'eux qu'ils administrent la chose d'autrui; il est probable que l'absent est mort et que les envoyés sont héritiers et propriétaires; ils jouissent, à ce titre, d'une partie des fruits; la loi pouvait donc s'en rapporter à leur intérêt.

L'époux commun en biens, qui opte pour la continuation de la communauté, a tous les droits d'un envoyé en

(1) Voyez le tome V de mes *Principes*, p. 258, n° 226. Comparez Duranton, t. VII, p. 188, n° 105.
(2) Voyez le tome V de mes *Principes*, p. 457, n° 370.

possession provisoire. Il a donc qualité pour demander le partage (art. 124) (1).

**250.** L'article 840 parle d'un partage fait au nom d'héritiers *non présents;* il ne faut pas les confondre avec les *absents.* La loi les distingue : les *absents* sont ceux sur l'existence desquels il y a plus ou moins de doute; les *non-présents* sont ceux dont l'existence est certaine, mais qui ne se trouvent pas au lieu où leur présence serait nécessaire. Par qui sont-ils représentés? S'ils ont laissé un mandataire, il n'y a plus de question. Mais que faut-il décider s'ils se trouvent dans des pays lointains? Il ne peut pas s'agir de demander le partage en leur nom, il faut pour cela une manifestation de volonté de leur part. Mais si le partage est demandé par un cohéritier, comment procédera-t-on à l'égard des *non-présents?* La loi veut que le partage se fasse en justice pour garantir les intérêts de ceux qui ne peuvent pas eux-mêmes y veiller. Reste à savoir par qui ils seront représentés, car ils doivent avoir un représentant; le texte le suppose, puisque l'article 840 dit : « Les partages faits *au nom* des *absents* ou *non-présents* sont définitifs. » La loi met donc les *non-présents* sur la même ligne que les *absents;* ceux-ci sont représentés par les envoyés en possession ou par un notaire. Qui représentera les *non-présents?* La loi ne le dit pas; il faut donc procéder par analogie; or, l'analogie est évidente entre les *non présents* et les *présumés absents;* si ceux-ci doivent être représentés par un notaire, pourquoi n'en serait-il pas de même des autres? N'est-ce pas le meilleur moyen de sauvegarder leurs intérêts? On enseigne toutefois qu'il faut procéder contre eux par défaut (2). Il en résulterait de très-grandes lenteurs, au préjudice des héritiers présents. D'ailleurs cela n'est pas en harmonie avec le texte. Si les défaillants n'étaient pas représentés, on ne pourrait pas dire que le partage se fait *en leur nom,* comme la loi le veut (3).

(1) Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, p. 466, n° 677.
(2) Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, p. 467, n° 677. Demolombe, t. XV, p. 548, n° 564.
(3) Duranton, t. VII, p. 200, n° 112.

**251.** La femme mariée est incapable, mais seulement en ce sens qu'elle doit être autorisée de son mari pour faire les actes juridiques qui concernent ses biens. Elle est propriétaire de l'hérédité qu'il s'agit de partager : elle peut donc intenter l'action en partage, comme elle peut faire toute espèce d'actes, avec autorisation maritale. Le mari n'a point qualité, en principe, pour représenter sa femme; celle-ci n'est pas incapable comme le mineur, elle n'est frappée d'incapacité qu'à raison de son mariage, et cette incapacité est couverte par l'autorisation de son mari. Voilà pourquoi, à la différence du mineur, c'est elle qui agit. Toutefois les conventions matrimoniales peuvent donner au mari le droit d'agir. Rien n'empêche que la femme, si elle est capable au moment où elle passe son contrat de mariage, ne donne à son mari plein pouvoir de procéder au partage d'une succession qui lui est échue, et même des successions qui pourront lui échoir; elle dispose de ses biens comme elle l'entend, puisqu'elle en a la libre disposition (1). Nous disons la femme capable : si elle était mineure, elle ne pourrait pas donner à son mari un pouvoir qu'elle-même n'a point. Il est vrai que les mineurs peuvent faire, avec autorisation, toutes les conventions relatives au mariage; adopter par conséquent tel régime qu'ils veulent, mais ils ne peuvent pas déroger aux lois qui prescrivent certaines formes à raison de leur incapacité. La femme mineure pourrait donc donner à son mari procuration de faire les partages qui l'intéressent, puisqu'elle pourrait adopter un régime qui donne ce pouvoir au mari, mais elle ne peut pas dispenser le mari de remplir les formalités que la loi prescrit pour les partages dans lesquels les mineurs sont intéressés (2).

Le régime que les époux adoptent en se mariant peut donner au mari le droit de demander le partage des successions qui échoient à sa femme. Il faut distinguer, d'après l'article 818. Si le mari devient propriétaire des biens qui composent l'hérédité, il peut provoquer le partage sans le

(1) Rejet, 18 mai 1868 (Dalloz, 1869, 1, 316).
(2) Bordeaux, 25 janvier 1826 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 453).

concours de sa femme : c'est la conséquence évidente de son droit de propriété. Que si la propriété reste à la femme, on doit faire une nouvelle distinction quant aux droits du mari. S'il a la jouissance des biens en vertu du régime que les époux ont adopté, il peut demander un partage provisionnel, c'est-à-dire de jouissance ; pour faire un partage définitif, il faut, en ce cas, le concours de la femme nue propriétaire et du mari usufruitier. Si le mari n'a pas la jouissance des biens, la femme seule a qualité pour procéder au partage, avec autorisation maritale, à moins que le contrat ne donne au mari le pouvoir d'intenter les actions en partage de la femme. Nous nous bornons ici à poser le principe : quant aux applications, nous les ajournons au titre du *Contrat de mariage*, où est le siége de la matière.

**251** *bis*. Quelle capacité est requise pour répondre à une action en partage? En principe, celui qui a capacité pour intenter une action peut aussi y défendre. L'article 818 applique ce pricipe au partage d'une succession échue à la femme; mais la rédaction est incorrecte. D'après le texte, on croirait que « les cohéritiers de la femme ne peuvent provoquer le partage définitif qu'en mettant en cause le mari et la femme. » Mais cette disposition n'est pas aussi générale qu'elle en a l'air. Elle se rapporte à l'hypothèse dont il est question immédiatement avant, c'est-à-dire au cas où il s'agit de partager des objets qui ne tombent pas en communauté : la femme et le mari doivent concourir alors pour demander le partage, et par conséquent aussi pour y défendre; tandis que le mari peut, sans le concours de sa femme, provoquer le partage des objets qui tombent dans la communauté; il a donc aussi capacité pour répondre à une action en partage de ces objets (1).

Celui qui n'a pas la capacité de former une action est aussi incapable d'y répondre. L'article 465 fait une exception à cette règle pour le tuteur : il doit être autorisé du conseil de famille pour provoquer un partage, mais il

(1) Chabot, t. II, p. 249, nº 7 de l'article 818. Duranton, t. VII, p. 201, nº 115.

peut, sans cette autorisation, répondre à une demande en partage dirigée contre le mineur. L'article 840, qui semble exiger, dans tous les cas, l'autorisation du conseil de famille, doit être combiné avec l'article 465, auquel il n'a certes pas entendu déroger. A quoi bon une autorisation, puisque le partage doit avoir lieu dès qu'il est demandé (art. 815) (1)?

#### N° 2. QUI PEUT INTENTER L'ACTION EN PARTAGE?

**252.** Celui qui intente l'action doit avoir la qualité d'héritier au moment où le partage est demandé, l'action n'étant autre chose que l'exercice du droit d'hérédité. Il se peut que le demandeur ait été héritier, mais qu'il ait perdu son droit héréditaire par la prescription. Nous avons dit ailleurs que le droit héréditaire se prescrit par le laps de trente ans; le successible qui n'agit pas dans ce délai devient étranger à l'hérédité, il n'est plus héritier, il ne peut donc plus former l'action en partage. Alors même que le successible aurait accepté l'hérédité avant l'expiration de ce délai, il peut être repoussé par la prescription s'il agit en partage contre ses cohéritiers et que ceux-ci ont appréhendé l'hérédité, comme seuls et uniques successeurs du défunt. L'action, en ce cas, n'est pas une action en partage, car celle-ci suppose que la qualité d'héritier, sur laquelle elle se fonde, est reconnue par le défendeur; c'est une action en pétition d'hérédité, laquelle se prescrit aussi par trente ans, et la prescription court à partir du moment où les héritiers se sont mis en possession des biens (2).

**253.** L'action en partage appartient aussi aux cessionnaires de l'hérédité; ils ont tous les droits du cédant. C'est pour ce motif que la loi a donné aux cohéritiers du cédant le droit de retrait successoral. L'héritier qui vend ses droits successifs ne peut plus les exercer, cela va sans dire. Mais quand la vente existera-t-elle à l'égard des

(1) Chabot, t. II, p. 313, n° 3 de l'article 840.

(2) Sur la prescription du droit héréditaire, voyez le tome IX de mes *Principes*, n° 481, p. 550; et sur la prescription de la pétition d'hérédité, *ibid.*, n° 514, p. 590.

autres héritiers? La cession d'une créance n'existe à l'égard des tiers que du jour de la notification ou de l'acceptation par le débiteur (art. 1690). En est-il de même de la cession de l'hérédité? La question est douteuse; nous l'examinerons au titre de la *Vente*. Toujours est-il que le cessionnaire ne peut demander le partage que lorsqu'il a porté son titre à la connaissance des héritiers; jusque-là le cédant reste saisi à l'égard de ses cohéritiers, il peut par conséquent former l'action en partage. Les cohéritiers ne pourraient pas lui opposer la vente qu'il a faite de l'hérédité : ce serait se prévaloir des droits de l'acheteur; or, le cessionnaire seul peut invoquer la cession, les contrats n'ayant d'effet qu'entre les parties contractantes (1).

Le cessionnaire d'objets déterminés n'a pas l'action en partage; il n'acquiert pas la propriété des choses qu'il achète pendant l'indivision; son droit dépend du partage. Il est seulement créancier du cédant; comme tel, il peut provoquer le partage de la succession (art. 2205). S'il est cessionnaire d'une part indivise dans un immeuble, il doit provoquer le partage général avant de pouvoir demander le partage de l'immeuble, toujours par la même raison; l'action en partage n'appartient qu'au copropriétaire; or, le cessionnaire, dans l'espèce, ne devient propriétaire que lorsque, par l'effet du partage, la chose tombe au lot du cédant; il est alors en état d'indivision avec le cédant et par suite il a l'action en partage (2).

**234.** Les créanciers de l'héritier peuvent, en son nom, intenter l'action en partage. Ils peuvent, aux termes de l'article 1166, exercer tous les droits de leur débiteur, à l'exception de ceux qui sont exclusivement attachés à la personne. On a prétendu que le droit de demander le partage était un droit attaché à la personne de l'héritier. C'est une question très-difficile que celle de savoir quand un droit est attaché à la personne du débiteur. Ce qui est certain, c'est que les droits purement pécuniaires peuvent

(1) Bourges, 24 août 1831 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1570). Massé et Vergé sur Zachariæ, t. II, p. 358, note 3.

(2) Bruxelles, 2 décembre 1817 (*Pasicrisie*, 1817, p. 529). Zachariæ, édition d'Aubry et Rau, t. IV, p. 370 et note 6.

être exercés par les créanciers, à moins que la loi ne les déclare personnels. Or, l'hérédité et l'action en partage qui en découle sont des droits exclusivement pécuniaires; et il n'y a pas de texte qui limite l'action à la personne de l'héritier. Cela est décisif (1).

**255**. Le droit des créanciers n'est pas douteux, mais l'application du principe donne lieu à bien des difficultés. Si les créanciers d'un héritier mineur provoquent le partage, faudra-t-il qu'ils obtiennent l'autorisation du conseil de famille? La négative a été jugée, et avec raison, par l'arrêt que nous venons de citer. Il y a une grande différence entre le cas où le tuteur provoque un partage et le cas où ce sont les créanciers qui agissent. La loi veut que le tuteur consulte le conseil de famille, parce qu'il peut être de l'intérêt du mineur de ne pas partager, et on est libre de ne pas le faire. Tandis que le partage doit avoir lieu quand les créanciers le demandent, puisque pour eux c'est l'exercice d'un droit; ce droit ne peut pas être entravé par l'intervention et le refus du conseil de famille.

Si le tuteur de l'héritier mineur fait un partage sans observer les formes prescrites par la loi, ce partage, d'après l'article 840, n'est pas nul, il est déclaré provisionnel, c'est-à-dire que la loi le transforme en un partage de jouissance. Les créanciers pourront-ils, en ce cas, provoquer un partage définitif? Oui, et sans doute aucun. Un partage de jouissance n'est autre chose que le maintien de l'indivision; or, d'après l'article 2205, les créanciers ne peuvent poursuivre l'expropriation des immeubles indivis avant le partage, et cette même disposition leur permet de provoquer le partage s'ils le jugent convenable. Cela décide la question : le tuteur ne peut pas empêcher les créanciers d'exercer leur droit, en faisant un partage provisionnel (2).

Les créanciers qui provoquent le partage sont-ils des tiers ou agissent-ils comme ayants cause de l'héritier, leur débiteur? Il nous semble que l'article 1166 décide la question; ils ne provoquent pas le partage contre le débiteur,

(1) Douai 24 mai 1854 (Dalloz, 1855, 2, 51). Massé et Vergé sur Zachariæ, t. II, p. 357, note 2. Demolombe, t. XV, p. 606, n° 624.
(2) Douai, 26 décembre 1853 (Dalloz, 1855, 2, 340).

ils le provoquent en son nom; donc l'article 2205 n'est que l'application de l'article 1166. Il résulte de là que les cohéritiers contre lesquels les créanciers demandent le partage peuvent opposer aux demandeurs un partage sous seing privé, quoique cet acte n'ait pas de date certaine à l'égard des tiers. La cour de cassation l'a jugé ainsi. Dans l'espèce, on objectait que les créanciers avaient acquis une hypothèque de l'héritier pendant l'indivision, qu'ils avaient donc un droit réel, et qu'à ce titre ils étaient des tiers. La cour répond que ce droit réel dépendait de l'issue du partage, puisqu'il s'évanouissait si l'immeuble ne tombait pas dans le lot du débiteur. Ne faut-il pas dire plus? Alors même que l'hypothèque aurait été antérieure à l'indivision, l'action en partage n'aurait toujours appartenu aux créanciers qu'en vertu de l'article 1166; car on ne conçoit pas qu'un créancier intente l'action en partage en son nom (1).

Les créanciers n'agissant pas en vertu d'un droit qui leur soit propre, mais seulement comme ayants cause de leur débiteur, il faut décider qu'ils sont soumis au droit commun pour l'exercice de leur action. Nous dirons au titre des *Obligations* que les créanciers peuvent exercer les droits et actions de leur débiteur, sans avoir besoin ni du consentement de celui-ci, ni de la permission de justice; mais il appartient toujours au juge du fond d'examiner si l'action repose sur un intérêt sérieux et légitime, ou si elle est sans intérêt et purement vexatoire. Ce sont les termes d'un arrêt de la cour de cassation. Dans l'espèce, un inventaire dressé par le demandeur lui-même constatait que la succession ne comprenait aucun immeuble et que l'actif mobilier, montant à 323 francs, était insuffisant pour payer les dettes. Il n'y avait donc pas de droit utile à exercer, partant les créanciers étaient sans intérêt (2).

Les créanciers sont encore sans intérêt, et par suite sans droit, lorsque l'héritier a formé une action en par-

(1) Rejet, 23 juillet 1866 (Dalloz, 1866, 1, 497 et la note de l'arrêtiste). Il y a un arrêt en sens contraire de la cour d'Orléans, du 11 mai 1861 (Dalloz, 1861, 2, 209).

(2) Rejet, 24 février 1869 (Dalloz, 1870, 1, 64).

tage. Dans ce cas, les créanciers peuvent intervenir au partage, ce qui suffit pour sauvegarder leurs intérêts. Mais que faut-il décider si l'action a été portée devant un tribunal incompétent? Il a été jugé que, dans ce cas, les créanciers pouvaient former une demande nouvelle(1). Cela nous paraît très-douteux. La compétence, en matière de partage, n'est pas d'ordre public; si les cohéritiers sont d'accord pour procéder devant un tribunal incompétent, le partage n'en sera pas moins valable. Dès lors les créanciers sont réellement sans intérêt à intenter une autre action. Ils ont le droit d'intervenir au partage ; c'est une garantie suffisante; n'est-ce pas le cas de dire, avec l'arrêt que nous venons de citer, que les juges du fond ont le droit de repousser la demande comme dénuée d'intérêt?

Les créanciers du défunt peuvent-ils aussi provoquer le partage? Il a été jugé que les créanciers de la succession sont sans droit parce qu'ils n'y ont aucun intérêt(2). Cela n'est-il pas trop absolu? Sans doute, les biens de l'hérédité sont leur gage, et ils peuvent conserver ce gage en demandant la séparation des patrimoines; dans ce cas, ils n'ont aucun intérêt à demander le partage. Mais la séparation des patrimoines n'est pas une obligation, c'est une faculté; si l'héritier accepte la succession purement et simplement, il devient débiteur personnel des créanciers du défunt; ceux-ci peuvent se contenter de cette garantie et ne pas agir en séparation. Devenus créanciers de l'héritier, ils peuvent se prévaloir de l'article 1166; nous ne voyons pas de quel droit on leur refuserait le bénéfice d'une disposition que tout créancier peut invoquer.

#### N° 3. CONTRE QUI L'ACTION DOIT-ELLE ÊTRE INTENTÉE?

**256.** L'action en partage est une action réciproque; ceux contre lesquels elle est intentée ont les mêmes droits

(1) Arrêt de règlement du 29 juillet 1867, et la note de l'arrêtiste (Dalloz, 1868, 1, 34).

(2) Poitiers, 21 juillet 1824 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 2018, 1°). Douai, 13 juin 1863 (Dalloz, 1863, 5, 268). En sens contraire, Besançon, 1er avril 1863 (Dalloz, 1863, 2, 93). Comparez Massé et Vergé sur Zachariæ, t. II, p. 358, note 2.

que ceux qui l'intentent, puisqu'il s'agit de liquider des droits communs. On peut donc dire que les défendeurs sont aussi demandeurs. D'où suit que l'action en partage ne peut être formée que contre ceux qui ont le droit de l'intenter.

**257.** Faut-il que le défendeur possède les biens de la succession? On l'a prétendu. C'est confondre l'action en partage avec la pétition d'hérédité. Celle-ci suppose que l'hérédité est possédée en tout ou en partie par celui contre lequel l'héritier agit, car elle a pour objet la restitution des biens héréditaires. Il n'en est pas de même de l'action en partage : c'est une liquidation de droits communs; elle se dirige donc contre les cohéritiers, peu importe qu'ils possèdent ou non. Si les biens ont été aliénés, on ne les comprend pas moins dans la masse, puisque l'aliénation n'est valable que lorsque les biens vendus tombent au lot de l'héritier vendeur (1).

**258** L'action en partage doit être intentée contre tous les héritiers. En ce sens, elle est indivisible. Il n'y a pas de questions plus difficiles que celles qui concernent l'indivisibilité. Il ne faut donc pas s'étonner que la jurisprudence soit hésitante et incertaine. La cour de cassation a décidé le pour et le contre; les cours de Belgique sont plus fermes, elles admettent comme un point hors de doute que la demande en partage est indivisible. Nous nous rallions à cette opinion. Il y a un premier point qui nous paraît certain, c'est qu'un partage qui ne serait pas fait entre tous les héritiers ne serait pas un partage; ce serait un de ces actes que l'on appelle inexistants, parce qu'ils ne produisent aucun effet. Cela résulte de l'essence même du partage : il est destiné à mettre fin à l'indivision, en répartissant les biens de l'hérédité entre tous ceux qui y ont droit; si l'un des héritiers n'y prend pas part, on ne peut pas lui opposer le partage; à son égard donc l'indivision continue; or, il en est de l'indivision comme du partage; on ne conçoit pas l'indivision à l'égard de l'un sans qu'il y ait indivision à l'égard des autres, pas plus qu'on ne

(1) Bruxelles, 16 novembre 1830 (*Pasicrisie*, 1830, p. 213).

conçoit de partage à l'égard d'un héritier, sans qu'il y ait partage entre tous. Et si l'indivision continue, il n'y a pas de partage; donc le partage qui n'est pas fait entre tous les ayants droit est un partage inexistant. L'article 1078 consacre cette doctrine. Un ascendant partage ses biens entre ses descendants; il se trouve que l'un des enfants n'y est pas compris. La loi décide que ce partage est nul pour le tout. Qu'est-ce à dire? est-ce un acte annulable? et l'action en nullité n'appartient-elle qu'à l'héritier exclu? La loi ne parle pas d'une action en nullité : elle dit qu'il pourra être provoqué un nouveau partage, elle considère donc le premier comme n'existant pas. Aussi admet-elle à demander ce nouveau partage, non-seulement les enfants qui ont été exclus du premier, mais ceux-là mêmes entre qui le partage a été fait. Cela est décisif. Si le partage d'ascendants n'existe pas aux yeux de la loi, lorsqu'il n'a pas été fait entre tous les héritiers, il en doit être de même de tout partage; car l'article 1078 ne fait qu'appliquer les principes qui dérivent de la nature du partage.

Y a-t-il au titre des *Successions* un article qui déroge à ces principes? On peut hardiment répondre qu'il n'y en a pas, parce qu'il n'est pas possible qu'il y en ait un. En réalité, toutes les dispositions du code impliquent la nécessité de mettre en cause tous les ayants droit. Comment formera-t-on les lots si tous les héritiers ne concourent pas au partage? Ceux qui n'y sont pas appelés ont des rapports à faire; comment composera-t-on la masse partageable si ces rapports ne sont pas faits? On objecte que rien n'empêche quelques-uns des héritiers d'agir contre le détenteur d'une partie des biens qui composent l'hérédité. La cour de Rennes répond, et la réponse est péremptoire, que l'objection confond l'action en pétition d'hérédité avec l'action en partage. La pétition d'hérédité est une action en restitution ou en revendication; si les objets que l'on revendique sont divisibles, il va sans dire que l'action est également divisible. Est-ce que l'action en partage tend aussi à une revendication? Du tout. Il y a un patrimoine commun à distribuer, chaque héritier y doit avoir sa part; pour qu'il l'ait, il y a un ensemble d'opérations à faire qui

impliquent la présence et le concours de tous les ayants droit. Ces opérations ne pouvant pas se diviser, il en résulte que le partage est indivisible (1).

Un auteur s'étonne, et à bon droit, que l'arrêt que nous venons d'analyser ait été cassé par la cour de cassation (2). La cour invoque la définition que l'article 1217 donne des obligations divisibles et indivisibles : l'obligation est divisible quand elle a pour objet une chose qui dans sa livraison est susceptible de division, soit matérielle, soit intellectuelle; or, les biens qui font l'objet de l'action en partage sont divisibles, partant l'action l'est aussi. A cela on répond d'ordinaire qu'il y a encore une autre indivisibilité que celle qui est définie par l'article 1217, c'est celle que Pothier appelle indivisibilité d'obligation : elle existe, bien que l'objet soit divisible par sa nature, lorsque le rapport sous lequel elle est considérée ne la rend pas susceptible d'exécution partielle. Or, le partage ne peut être exécuté partiellement, puisqu'il n'y a de partage qu'autant que l'indivision cesse entre tous les héritiers (3). Ne serait-il pas plus exact de dire qu'il faut écarter ici les définitions des articles 1217 et 1218? Ces définitions ne concernent que les obligations. Or, le partage n'est pas une obligation, c'est la liquidation d'un droit préexistant. Cette liquidation est-elle divisible? Telle est la question. La cour de cassation n'y répond pas. Il faut la décider d'après la nature du droit, en laissant de côté des dispositions qui sont étrangères à la difficulté.

**259.** Les conséquences qui résultent des deux opinions sont naturellement toutes différentes. En décidant que l'action en partage est divisible, la cour de cassation a jugé

(1) Rennes, 19 juillet 1845 (Dalloz, 1846, 4, 387). Dans le même sens, Bastia, 22 juin 1857 (Dalloz, 1857, 2, 11). Arrêt de cassation de la cour de cassation de Belgique, du 29 octobre 1857 (*Pasicrisie*, 1857, 1, 423); Bruxelles, 12 août 1861 (*Pasicrisie*, 1862, 2, 7). Comparez Dutruc, *Du partage*, p. 277, nº 295.

(2) Arrêt de cassation du 13 décembre 1848 (Dalloz, 1849, 1, 38). Comparez arrêt de cassation du 22 juin 1835 (Dalloz, au mot *Conciliation*, nº 217). Il y a un arrêt en sens contraire (rejet du 10 avril 1866, Dalloz, 1866, 1, 277).

(3) Bioche, Dictionnaire, au mot *Partage*, nº 21; Dalloz, au mot *Succession*, nº 1578.

que si, dans une procédure en partage, l'un des successibles n'a pas été cité en conciliation et n'a pas pris part à l'instance qui a suivi, la nullité dont il se prévaut ne peut être rendue commune à ceux qui ont couvert le défaut de conciliation par une défense au fond (1). Il a été jugé par les cours qui considèrent l'action en partage comme indivisible, que l'appel du jugement intervenu sur la demande en partage est non recevable, si tous les copartageants qui figuraient en première instance n'ont pas été intimés (2). Il a encore été jugé que l'un des copartageants est sans intérêt et partant non recevable à se prévaloir de l'irrégularité commise à son égard dans l'appel du jugement d'homologation, quand il a été signifié légalement à tous les autres (3).

La cour de cassation de Belgique, en décidant que l'action en partage est indivisible, en a conclu que l'appel interjeté en temps utile par quelques-uns des copartageants profite à celui qui n'a appelé qu'après l'expiration du délai légal. En même temps la cour a jugé que le principe de l'indivisibilité ne concerne que l'action en partage proprement dite, c'est-à-dire les opérations nécessaires pour arriver au partage. Si des contestations étrangères au partage s'élèvent entre les parties qui sont en instance, il n'y a pas lieu de se prévaloir de l'indivisibilité ; elles restent sous l'empire du droit commun (4).

### N° 4. QUAND L'ACTION DOIT-ELLE ÊTRE INTENTÉE ?

#### I. *De l'imprescriptibilité de l'action.*

**260.** L'article 815 dit que nul ne peut être contraint à demeurer dans l'indivision, et que le partage peut être toujours provoqué. De là suit que l'action en partage est

(1) Cassation, 22 juin 1835 (Dalloz, au mot *Conciliation*, n° 217).
(2) Toulouse, 5 février 1842 (Dalloz, au mot *Appel civil*, n° 591). Rennes, 19 juillet 1845 (Dalloz, 1846, 4, 387).
(3) Bordeaux, 14 janvier 1842 (Dalloz, au mot *Appel*, n° 626).
(4) Cassation du 29 octobre 1857 (*Pasicrisie*, 1857, 1, 423). Comparez Alger, 26 février 1866 (Dalloz, 1868, 1, 110), et Dijon, 23 décembre 1868 (Dalloz, 1870, 2, 219).

imprescriptible tant que l'indivision dure. En général, toute action se prescrit; l'imprescriptibilité est une exception. Pourquoi admet-on cette exception pour l'action en partage, bien que la loi ne l'établisse pas en termes exprès? C'est que la prescription ne se conçoit pas tant qu'il y a indivision. Si l'action se prescrivait, ceux qui possèdent par indivis pendant trente ans deviendraient propriétaires exclusifs. Or, cela est impossible, parce que c'est un non-sens juridique. Comment un communiste deviendrait-il propriétaire en possédant comme communiste? Le titre même qu'il invoquerait témoignerait contre lui, car il constate qu'il possède avec d'autres par indivis, ce qui exclut une propriété exclusive. On ne prescrit que ce que l'on possède; une possession indivise ne peut donc pas conduire à une propriété divisée; elle implique, au contraire, le droit pour les autres possesseurs par indivis de demander toujours le partage et d'obtenir leur part dans la propriété des biens héréditaires (1).

**261.** D'ordinaire les cohéritiers jouissent en commun des biens de l'hérédité pendant l'indivision. Il se peut aussi qu'ils se partagent la jouissance, de sorte que chacun jouit séparément des biens héréditaires. C'est ce qu'on appelle un partage provisionnel. Est-ce qu'un partage de jouissance, de quelque manière qu'il se fasse, rend l'action en partage prescriptible? Non, car il y a toujours indivision de la propriété; le partage provisionnel même prouve que la propriété est restée indivise, et que par suite le partage peut toujours être demandé. La division de jouissance n'empêche donc pas l'imprescriptibilité de l'action (2).

La jurisprudence est en ce sens. Des cohéritiers conviennent de jouir alternativement d'un moulin de deux jours l'un. La cour de Poitiers décida que c'était là un véritable partage; elle invoqua les usages que l'on suivait dans le pays. Sur le pourvoi, l'arrêt fut cassé. Il y avait, il est vrai, partage, dit la cour de cassation, mais c'était un partage provisoire de la jouissance; la propriété du

(1) Pothier, *Des successions*, chap. IV, art. 1. Demolombe, t. XV, p. 509, n° 523).

(2) Duranton, t. VII, p. 167, n° 89. Demolombe, t. XV, p. 495, n° 517.

moulin restait indivise, donc l'action en partage définitif était toujours admissible (1). Il en serait ainsi alors même que par une convention quelconque, fût-ce une transaction, les parties intéressées seraient convenues de maintenir l'indivision. Cette convention n'est valable que pour cinq ans : conclue pour un terme indéfini, elle serait nulle (nº 240), et le partage pourrait être immédiatement demandé (2).

II. *Quand l'action devient prescriptible.*

**262.** L'article 816 porte : « Le partage peut être demandé, même quand l'un des cohéritiers aurait joui séparément de partie des biens de la succession, s'il n'y a eu un acte de partage, ou possession suffisante pour acquérir la prescription. » Qu'entend-on, dans cette disposition, par *acte de partage* et par *possession suffisante pour prescrire?* L'expression *acte de partage* semble indiquer un *écrit* constatant le partage ; nous dirons plus loin que telle est, en effet, l'opinion assez générale. Mais quand on recourt à l'ancien droit et aux travaux préparatoires, on se convainc que ce n'est pas là le sens de l'article 816. On sait de quelle autorité jouissait le droit romain, même dans les pays coutumiers, et la glose était révérée comme l'expression la plus pûre de la doctrine romaine. Or, les glossateurs enseignent que si un héritier possède seul la chose héréditaire comme sienne, pendant dix ans entre présents, pendant vingt ans entre absents, en jouissant seul et en supportant seul les charges, il est probable qu'il y avait eu un partage. C'est une présomption fondée sur les faits. On en conclut qu'outre le partage *de droit*, résultant de la convention prouvée entre les parties, il y avait un partage *de fait*, qui résultait de la jouissance séparée, par les cohéritiers, des biens de la succession pendant dix ou vingt ans. Cette opinion avait été consacrée par plusieurs coutumes, qui se contentaient d'une possession de dix ans.

(1) Arrêt du 15 février 1813 (Dalloz, au mot *Succession*, nº 1541). Comparez r. jet. 5 juin 1839 (Dalloz, *ibid.*, nº 1542, 1º).
(2) Rejet, 9 mai 1837 (Dalloz, au mot *Succession*, nº 1505, 1º).

Il a été jugé que la jouissance séparée, par tous les cohéritiers, d'une portion de biens à peu près égale à celle qui leur revenait faisait présumer un partage convenu, et rendait non recevable après dix ans une action en nouveau partage; que telle était la jurisprudence générale, fondée sur les maximes du droit romain (1). Cet arrêt ne donne pas une idée exacte de l'ancien droit; l'opinion des glossateurs n'était pas suivie par tous les auteurs; les meilleurs, Lebrun et Pothier, y résistaient; ils exigeaient une possession de trente ans, c'est-à-dire une véritable prescription, tandis que les glossateurs admettaient une prescription présumée. La glose transportait dans le partage la doctrine de l'usucapion, mais les analogies ne sont qu'apparentes; pour mieux dire, on ne rencontre pas, en matière de partage, les conditions que l'on requiert en matière de prescription acquisitive. Avant tout, le titre fait défaut; on le remplace par une présomption fondée sur la possession; or, dépourvue de titre, la possession devient très-équivoque; car la possession séparée peut s'expliquer par un partage provisionnel aussi bien que par un partage définitif; de sorte qu'un partage de jouissance est transformé arbitrairement en un partage de propriété. Le partage de fait est donc contraire à tout principe; voilà pourquoi Lebrun le repoussait, et Pothier n'en parle même pas dans son Traité des successions.

Les auteurs du code ont rejeté le partage de fait; ils n'admettent pas qu'une jouissance séparée fasse présumer un partage; c'est dire qu'ils répudient la doctrine d'un partage présumé. Tel est le sens de ces mots de l'article 816 : « s'il n'y a eu un acte de partage. » L'expression *acte de partage* signifie donc une convention formelle de partage. S'il y a réellement eu partage, dit le législateur, qu'on le prouve. Si l'on ne prouve pas qu'il y ait eu une convention de partage, la jouissance séparée ne pourra être invoquée que si elle réunit les conditions requises pour la prescription. Telle est l'explication que Chabot donne de l'article 816 dans son rapport au Tribunat :

(1) Amiens, 18 janvier 1823 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1550).

« Suivant la glose, le *partage* était *présumé* par une jouissance divise pendant dix années entre présents et vingt années entre absents. Quelques coutumes avaient une disposition semblable. » Chabot combat cette doctrine. Il part du principe que l'action en partage peut être exercée pendant trente ans lorsqu'il y a indivision. Cela n'est pas exact. Il fallait dire, au contraire, que l'action en partage est imprescriptible tant qu'il y a indivision, que la prescription peut néanmoins commencer, lorsqu'il y a jouissance séparée, à titre de propriétaire; mais la prescription, quand il n'y a pas de titre, exige une possession de trente ans. Or, dans l'espèce, il n'y a pas de titre. En ce sens, le rapporteur du Tribunat a raison de dire qu'il serait contradictoire que l'un des héritiers pût acquérir la part de son cohéritier par une jouissance moins longue, une possession de dix ou de vingt années. Après tout, la jouissance séparée ne peut être qu'une *présomption* de partage; et une présomption ne doit pas l'emporter sur le *droit* de partage qui appartient à chaque héritier, à moins que la jouissance n'ait été assez longue pour anéantir le droit par la prescription. Chabot finit par dire que l'opinion générale était contraire à celle des glossateurs et que le projet consacre la doctrine « qu'une jouissance divise pendant un temps qui ne pouvait acquérir la prescription, ne nuisait pas à l'action en partage (1). » L'orateur du Tribunat s'exprime dans le même sens. « Il n'y a jamais de partage par le *seul fait*, dit Siméon; il faut toujours un *acte qui le règle*, à moins que la possession séparée que l'on aurait eue ne soit transformée en titre par la prescription (1). »

**263.** Ainsi il n'y a plus de partage présumé; pour que l'action en partage ne soit plus recevable, il faut qu'il y ait ou une convention de partage ou prescription. La convention de partage doit être un partage définitif, c'est-à-dire de propriété; un partage de jouissance, loin d'être un obstacle à l'action en partage, prouve que l'indivision con-

(1) Chabot, Rapport au Tribunat, n° 55 (Locré, t. V, p. 125). Siméon, Discours, n° 40 (Locré, t. V, p. 140). Comparez Demolombe, t. XV, p. 493, n° 513.

tinue et que par conséquent le partage peut toujours être demandé, même après trente ans de jouissance séparée, car la jouissance séparée atteste l'indivision (n° 261). L'application du principe a soulevé des difficultés. Il arrive parfois que les parties font un partage provisoire, qui diffère et du partage provisionnel et du partage définitif. Il diffère du partage provisionnel; celui-ci n'est qu'un partage de jouissance, et ne donne aux copartageants aucun droit de disposition, la propriété restant toujours indivise; le partage provisoire, au contraire, donne aux héritiers le droit de vendre les biens compris dans leur lot. Le partage provisoire porte donc sur la propriété, de même que le partage définitif, mais il en diffère parce que les parties se réservent de procéder à un partage définitif. Il a été jugé que le partage provisoire attribuait la propriété aux copartageants sous condition résolutoire; que l'action en résolution du partage, comme toute action, se prescrit par trente ans; de sorte qu'après trente ans le partage provisoire devient définitif. Sur le pourvoi, il intervint un arrêt de rejet; mais il importe de remarquer que la cour de cassation évite de reproduire la théorie de la cour d'appel; elle ne dit pas que le partage provisoire est un partage de propriété fait sous condition résolutoire; elle dit seulement que les parties s'étaient réservé de faire plus tard une *liquidation définitive*, et que cette action se prescrit, comme toute autre action, par trente ans (1). La question de savoir si un partage peut être fait sous condition résolutoire est controversée; nous y reviendrons. Ce qui est certain, c'est qu'en admettant la validité d'un partage provisoire de propriété, l'action en résolution ou en partage définitif devient prescriptible; tandis qu'elle est imprescriptible s'il y a eu partage provisionnel.

**264.** L'article 816 décide aussi que le partage ne peut plus être demandé, lorsqu'il y a eu *possession suffisante pour acquérir la prescription*. Ainsi l'action en partage est tout ensemble imprescriptible et prescriptible. Elle est imprescriptible aussi longtemps que les héritiers jouissent

en qualité de communistes ; c'est en ce sens que l'article 816 dit que le partage peut être demandé, même quand l'un des héritiers aurait joui séparément de partie des biens de la succession ; la loi suppose qu'il a joui à titre de communiste, en vertu d'un partage de jouissance, et une jouissance qui prouve l'indivision de la propriété ne peut certes pas empêcher l'action qui tend au partage de la propriété. L'action en partage devient prescriptible lorsque la jouissance de communiste fait place à une jouissance de propriétaire ; c'est ce que la loi appelle une *possession suffisante pour acquérir la prescription*. Comment se fait cette transformation? Faut-il que la possession ait été intervertie conformément à l'article 2238? Ceux qui possèdent pour autrui ne prescrivent jamais, par quelque laps de temps que ce soit : tels sont le fermier, l'usufruitier (art. 2236). Néanmoins les possesseurs précaires peuvent prescrire si le titre de leur possession se trouve *interverti*; il faut pour cela une cause venant d'un tiers, ou une contradiction opposée au droit du propriétaire (art. 2238) ; les détenteurs précaires ne peuvent pas par leur seule volonté changer la cause et le principe de leur possession, c'est-à-dire transformer une possession précaire en une possession qui peut servir de base à la prescription (art. 2240). Ces principes reçoivent-ils leur application à la possession de communiste? D'excellents auteurs le pensent, et, en théorie, ils ont raison (1). En effet, l'héritier qui possède à titre de communiste possède pour autrui autant que pour soi, puisqu'il possède une chose qui lui appartient en commun avec ses cohéritiers ; cette possession ne suffit point pour prescrire ; pour mieux dire, elle empêche la prescription, aussi bien que la possession à titre précaire du fermier ou de l'usufruitier. Peut-il se changer à soi-même la cause et le principe de sa possession, en transformant une possession de communiste en une possession de propriétaire exclusif? D'après les principes, non ; car, possédant comme communiste, il continue à posséder à ce titre ; l'indivision en vertu de laquelle il possède est une

(1) Aubry et Rau sur Zachariæ, t. IV, p. 376, note 9.

protestation permanente contre sa prétention de posséder à titre de propriétaire exclusif. Il faudrait donc une interversion de sa possession pour qu'il pût prescrire.

Telle est la théorie : mais le code la consacre-t-il? Non; les articles 2236 et suivants ne parlent que de ceux qui détiennent précairement la chose du propriétaire; or, le communiste n'est pas un détenteur précaire, il est propriétaire, et il tient son droit de possession de la loi, s'il est héritier légitime. Donc l'article 2238 ne s'applique pas aux communistes. La tradition aussi ne permet pas d'étendre aux communistes ce que la loi dit des possesseurs précaires. Pothier, qui a servi de guide, en cette matière, aux auteurs du code, commence par dire, comme l'article 816, qu'il y a lieu à l'action en partage alors même qu'il y aurait jouissance séparée de l'un ou de plusieurs des cohéritiers; car ils sont censés posséder ainsi les uns pour les autres. Néanmoins, continue Pothier, si cette jouissance et possession séparée durait depuis trente ans ou plus, en ce cas les héritiers pourraient se maintenir dans leur possession, par la prescription de trente ans, contre l'action en partage qui serait intentée contre eux(1). Chabot, dans son rapport au Tribunat, s'exprime dans le même sens (n° 262). Il n'est pas question d'une interversion de possession. C'est la possession séparée, continuée pendant trente ans, qui sert de base à la prescription. Sur quoi cette prescription est-elle fondée? « Le laps de temps, répond Pothier, fait présumer qu'il y a eu un partage et que l'acte a pu s'égarer (1). »

Cette doctrine est peu juridique. Comment une possession qui, à son origine, est une possession de communiste peut-elle, par le seul laps de temps, se changer en une possession de propriétaire exclusif? Il est certain que le laps de temps n'explique pas cette transformation. On peut dire que la possession indivise est de son essence temporaire, que l'indivision doit cesser pour faire place à une propriété divisée; puisque cela est dans la nature des choses, on le peut présumer facilement; lors donc que la

(1) Pothier, *Des successions*, chap. IV, article 1er, § I.

loi voit une jouissance séparée se continuer pendant trente ans, elle suppose qu'il y a eu partage, et par suite elle déclare l'action en partage prescrite (1). Cette explication est plausible, mais elle ne rend pas compte de la prescription; elle pourrait même induire en erreur, en faisant croire, comme le dit le rapporteur du Tribunat, que c'est la jouissance de communiste qui fonde la prescription après trente ans de possession séparée. Cela est inadmissible. La prescription ne peut s'appuyer que sur une possession de propriétaire. Il faut donc, sinon une interversion de droit conforme à l'article 2240, du moins une interversion de fait, c'est-à-dire que le possesseur se gère comme propriétaire exclusif et qu'il cesse d'agir en qualité de communiste. Il se peut que, dès le principe, la possession de l'héritier ait été une possession de propriétaire; alors il n'est pas besoin d'une interversion; toutes les probabilités sont, en ce cas, pour l'existence d'un partage conventionnel dont on ne peut pas faire la preuve, parce qu'il n'y a pas eu d'écrit ou que l'écrit s'est égaré. S'il y avait eu une convention de partage provisionnel, l'action en partage resterait imprescriptible, quand même la jouissance séparée aurait duré plus de trente ans, car cette possession serait une possession de communiste, qui ne peut jamais servir de base à la prescription. La prescription ne pourrait commencer, dans cette hypothèse, que si l'on prouvait une interversion de titre. Nous le déciderions ainsi, non en vertu de l'article 2240, qui ne concerne que les détenteurs précaires, mais en vertu des principes généraux de droit. Ces principes sont confirmés par le texte de l'article 816 : la loi exige une possession *suffisante* pour prescrire; cela se rapporte non-seulement au temps requis pour la prescription, mais aussi aux caractères que la possession doit réunir, d'après l'article 2229, pour qu'elle puisse fonder la prescription.

**265.** Nous avons supposé, dans ce que nous venons de dire, que la prescription admise par l'article 816 est

(1) Demante, t. III, p. 217, n° 140 *bis* III. Comparez Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, p. 446, n° 651; Zachariæ, édition d'Aubry et Rau, t. IV, p. 408, note 12.

celle de trente ans. Cela est généralement enseigné (1). Cependant il y a quelque difficulté, au moins en théorie. On demande d'abord s'il s'agit d'une prescription extinctive ou d'une prescription acquisitive. Les uns disent qu'elle est extinctive, d'autres disent qu'elle est tout ensemble acquisitive et extinctive (2). Il est certain, d'après le texte de l'article 816, qu'elle est fondée sur la possession, puisque la loi exige une *possession suffisante;* or, toute prescription basée sur la possession est acquisitive. Ceci n'est pas une question de mots : si la prescription était purement extinctive, on ne pourrait pas exiger qu'elle réunisse les caractères déterminés par l'article 2229. Il en résulte encore que la prescription est de trente ans; il ne peut être question de la prescription de dix ou vingt ans, laquelle exige un titre, car l'héritier n'a pas de titre. Une fois la prescription acquise, l'héritier peut l'opposer à l'action en partage qui serait intentée contre lui; en ce sens elle est extinctive.

La question se présente encore lorsque la succession est mobilière. On a prétendu qu'il fallait appliquer, en ce cas, l'article 2279, de sorte qu'il suffirait d'une possession d'un instant pour que l'héritier pût repousser l'action en partage. Cette opinion n'a pas trouvé faveur. L'article 2279 est hors de cause; mais quels sont les véritables motifs de décider? Sur ce point il y a de l'incertitude et de la confusion dans la doctrine et dans la jurisprudence. Ainsi la cour de cassation dit que les héritiers ont le droit de *revendiquer* les valeurs mobilières tant qu'elles se trouvent dans les mains de ceux qui les ont recueillies comme héritiers, ou le prix en provenant, si elles ont été aliénées (3). L'expression de *revendiquer* est inexacte et elle prête à l'erreur. C'est précisément quand les meubles sont *revendiqués* que le possesseur peut se prévaloir de la maxime qu'en fait de meubles possession vaut titre. Si donc l'action des héritiers était une *revendication,* il faudrait appli-

(1) Voyez les autorités dans Dalloz, au mot *Succession*, n° 1552.
(2) Zachariæ, édition d'Aubry et Rau, t. IV, p. 376 et note 9. Demolombe, t. XV, p. 512, n° 525.
(3) Cassation, 10 février 1840 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1567).

quer l'article 2279. Mais il est de toute évidence que l'action en partage n'est pas une action en revendication ; cela suffit pour que l'article 2279 ne soit pas applicable. Il est inutile d'aller à la recherche d'autres motifs; celui que nous venons d'invoquer est puisé dans le principe même de l'article 2279 (1).

**266**. Quand la prescription de trente ans commence-t-elle à courir? Si l'on s'en tenait à la doctrine de Pothier, reproduite par le rapporteur du Tribunat, il faudrait décider que la prescription commence avec la possession séparée. Il faut dire, au contraire, que la possession de l'héritier, tant qu'elle est une jouissance de communiste, ne peut servir à la prescription. On l'a déjà dit dans l'ancien droit : une possession de communiste, quand elle durerait cent ans, ne peut être invoquée contre l'action en partage. Il faut une possession *suffisante*, dit l'article 816, c'est-à-dire une possession réunissant les caractères exigés par la loi ; avant tout il faut que ce soit une possession à titre de propriétaire. C'est une question de fait qui sera très-difficile à juger, si la possession a été dans le principe une possession de communiste (n° 264). Celui qui invoque la prescription devra prouver quand il a commencé à posséder à titre de propriétaire (2).

La prescription peut être suspendue ou interrompue. On applique les principes généraux, que nous exposerons au titre de la *Prescription*.

**267**. Dans quels cas la prescription peut-elle être opposée à l'action en partage? Si l'on s'en tenait au texte de l'article 816, il faudrait dire qu'il n'y a lieu à la prescription de l'action en partage que dans le cas où l'*un des cohéritiers* jouit séparément de *partie* des biens de la succession; on s'accorde à dire que le texte ne doit pas s'entendre dans un sens restrictif. La restriction n'aurait pas de sens; dès que l'on admet la prescription, il faut

(1) Voyez les diverses opinions dans Duranton, t. VII, p. 171, n° 96; Demante, t. III, p. 219, n° 140 *bis* VII; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, p. 448, n° 663; Zachariæ, t. IV, p. 377 et note 11; Demolombe, t. XV, p. 516, n° 531.

(2) Demolombe, t. XV, p. 516, n° 530. Zachariæ, t. IV, p. 408 et note 13.

l'admettre dans tous les cas qui peuvent se présenter. Les auteurs du code ont suivi trop servilement Pothier qui prévoit tantôt un cas, tantôt deux, au lieu de poser le principe en termes généraux qui embrassent toutes les hypothèses (1). Tout le monde reconnaît que les termes de la loi ne sont qu'énonciatifs.

Ainsi il y a prescription quand un seul héritier a possédé, non une partie des biens, comme le dit l'article 816, mais *tous* les biens. On donne comme raison que la succession étant possédée en totalité par l'un des cohéritiers, l'action en partage intentée contre lui se confond avec l'action en pétition d'hérédité, laquelle se prescrit, sans doute aucun, par trente ans. Cela n'est pas tout à fait exact. L'action est une pétition d'hérédité quand l'héritier qui a possédé la totalité des biens se prétend seul héritier ; si, tout en possédant séparément les biens délaissés par le défunt, il reconnaît la qualité d'héritier des autres, l'action est une demande en partage. Il faut donc voir si l'action en partage est prescriptible dans ce cas. On dit que la possession de l'héritier est une possession de communiste, qui, comme telle, ne peut servir de base à la prescription; qu'il y a seulement exception dans l'hypothèse prévue par le législateur, et que l'article 816 n'admet d'exception que lorsque l'un des héritiers a possédé une partie des biens; d'ailleurs on ne peut supposer, dit-on, qu'il y ait eu partage lorsqu'un seul des héritiers possède toute l'hérédité. Au point de vue des vrais principes, ces arguments auraient une grande force. Mais la loi s'est écartée de la rigueur du droit; il faut donc se placer au point de vue des auteurs du code pour interpréter l'article 816. Ils admettent la prescription lorsqu'il y a une possession séparée à titre de propriétaire : tel est leur principe; peu importe après cela ce qui est possédé, si c'est une partie des biens ou si c'est toute l'hérédité. Quant au motif sur lequel se fonde la prescription, on peut répondre qu'une possession de trente ans permet de supposer que les autres

(1) Cela est très-bien établi par Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, p. 447, n° 652.

héritiers ont été désintéressés par celui qui possède tous les biens. Il est possible aussi que les autres aient dû faire des rapports, et que, par suite de cette obligation, l'intégralité des biens soit revenue à un seul (1).

La solution serait la même si plusieurs cohéritiers avaient joui indivisément de tous les biens de la succession, tandis que d'autres héritiers n'ont pas joui du tout; l'exclusion de quelques-uns des héritiers constitue une jouissance séparée au profit des autres; dès lors, il y a lieu à prescription. Nous nous inquiétons médiocrement des motifs de cet état de choses : la prescription est fondée sur des raisons générales d'intérêt public, et elle ne laisse pas d'être applicable, alors même que dans une espèce particulière ces raisons ne recevraient pas d'application. C'est du reste l'opinion générale (2).

Si chacun des héritiers a possédé son lot séparément, on se trouve dans l'hypothèse la plus favorable à la prescription, bien que l'article 816 ne la prévoie pas, ce qui prouve que l'on aurait tort de s'attacher trop servilement au texte en l'interprétant dans un sens restrictif. Il est certain que, dans ce cas, la supposition d'un partage est très-vraisemblable. Toutefois le seul fait que les héritiers ont joui chacun séparément, fût-ce pendant trente ans et plus, ne suffirait pas pour écarter l'action en partage; il faut qu'il y ait prescription, c'est-à-dire une possession qui présente les caractères exigés par la loi. Il est possible qu'il y ait eu un partage provisionnel; et certes une jouissance de communiste, en vertu d'une convention d'indivision, ne pourrait être invoquée contre l'action en partage. Il faudrait alors, à notre avis, une interversion de possession pour que les communistes pussent prescrire (3).

(1) C'est l'explication de Demante, t. III, p. 219, n° 140 *bis* V. Comparez Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, p. 447, n° 652; Duranton, t. VII, p. 169, n° 92; Demolombe, t. XV, p. 526, n° 544. La jurisprudence est dans le même sens : Bordeaux, 2 juin 1831 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1553) et Rejet, 29 juin 1853 (Dalloz, 1853, 1, 298).

(2) Demante, t. III, p. 218, n° 140 *bis* IV; Demolombe, t. XV, p. 526, n° 544; Zachariæ, édition d'Aubry et Rau, t. IV, p. 377 et note 10.

(3) Comparez Demante, t. III, p. 218, n° 140 *bis* III. Nous suivons, dans cette hypothèse, l'opinion de Zachariæ, édition d'Aubry et Rau, t. IV, p. 378 et note 13.

**268.** Il peut y avoir lieu à la prescription ordinaire de dix ou vingt ans. Si l'un des héritiers vend pendant l'indivision un immeuble de l'hérédité comme lui appartenant en propre, l'acquéreur, s'il est de bonne foi et si sa possession réunit les caractères voulus par la loi, acquerra la propriété de l'immeuble par l'usucapion et pourra l'opposer aux héritiers qui intenteraient contre lui l'action en revendication. Il ne s'agit plus ici de l'action en partage, on reste sous l'empire des principes généraux qui régissent la prescription (1).

Si la vente avait pour objet les droits successifs de l'héritier, le cessionnaire prendrait la place du cédant; il aurait ses droits et pourrait par conséquent demander le partage; il serait aussi tenu de ses obligations, et par suite obligé de répondre à l'action en partage. Dès lors, on rentre dans l'hypothèse prévue par l'article 816. Un de nos bons auteurs dit que le cessionnaire serait assujetti à l'action en pétition d'hérédité, ou, si l'on veut, à l'action en partage (2). C'est une inexactitude, au moins dans le langage, et il faut éviter avec soin toute expression incorrecte, elle peut induire en erreur. Duranton confond la pétition d'hérédité et l'action en partage; les deux actions diffèrent essentiellement; et elles diffèrent surtout quant à la prescription : la pétition d'hérédité se prescrit par trente ans, d'après le droit commun, tandis que l'action en partage est imprescriptible, en règle générale. Donc après trente ans, le cessionnaire pourrait invoquer la prescription contre une action en pétition d'hérédité, tandis qu'il ne pourrait pas l'opposer à l'action en partage si l'indivision avait continué.

**269.** L'article 816 donne encore lieu à une difficulté. On suppose que l'un des héritiers a possédé séparément une partie des biens de l'hérédité pendant trente ans. Puis il demande le partage : sera-t-il tenu de rapporter à la

(1) Duranton, t. VII, p. 170, n° 94 et les autorités citées par Dalloz, au mot *Succession*, n° 1562.

(2) Duranton, t. VII, p. 170, n° 95. Comparez Demolombe, t. XV, p. 519, n° 534. Voyez le tome IX de mes *Principes*, p. 610, n° 508, sur les différences qui existent entre l'action en partage et la pétition d'hérédité.

succession les biens dont il a eu la jouissance séparée? On prétend qu'il en doit le rapport, parce que la prescription qu'il invoque est basée principalement sur la présomption d'un partage antérieur; or, dit-on, l'héritier qui demande le partage avoue que le partage n'a pas eu lieu, et par conséquent que sa possession a toujours été précaire (1). Cette opinion est contraire aux principes les plus élémentaires. La prescription de trente ans n'exige ni titre ni bonne foi; et dès qu'elle est accomplie, le possesseur est devenu propriétaire; de quel droit l'obligerait-on à rapporter les biens qui lui appartiennent?

## § III. *Du partage provisionnel*

**270**. L'expression *partage provisionnel* a une signification technique en droit. On pourrait croire qu'il s'agit d'un partage provisoire de la propriété; tel n'est pas le sens que la loi attache à ce mot, elle l'emploie pour désigner un partage de jouissance. Cela résulte clairement de l'article 818. Quand une succession échoit à la femme, et que le mari n'a que la jouissance des biens, la propriété restant à la femme, la loi décide que le mari ne peut en provoquer le partage sans le concours de sa femme; il peut seulement, s'il a le droit de jouir de ses biens, demander un partage *provisionnel*, c'est-à-dire un partage qui lui procure la jouissance à laquelle il a droit. Il y a donc deux espèces de partage : l'un que l'on appelle définitif, parce qu'il met fin à l'indivision : l'article 883 en détermine les effets; il est déclaratif de propriété, ce qui veut dire que chaque héritier est propriétaire des biens compris dans son lot, à partir de l'ouverture de l'hérédité, tandis qu'il est censé n'avoir jamais eu la propriété des autres effets de la succession. Ainsi le partage définitif efface l'indivision comme si elle n'avait jamais existé; chaque héritier est propriétaire exclusif des biens compris

(1) Demolombe et les auteurs qu'il cite, t. XV, p. 520, n° 537. En sens contraire, Zachariæ, édition d'Aubry et Rau, t. IV, p. 378, note 12.

dans son lot, à partir du moment où la succession s'est ouverte. Il en est tout autrement du partage provisionnel; il maintient, au contraire, l'indivision, puisque la propriété reste indivise, la jouissance seule est partagée (1).

Le partage provisionnel a encore ceci de particulier qu'il peut résulter de la loi. En principe, le partage est une convention; tel est toujours le partage définitif. Lorsqu'un héritier acquiert par prescription tout ou partie des biens de l'hérédité, la loi suppose qu'il y a eu un acte de partage (n° 264). Il n'y a jamais de partage définitif en vertu de la loi, sauf pour les dettes et les créances; tandis que le partage provisionnel peut résulter ou de la convention ou de la loi.

### N° 1. DU PARTAGE PROVISIONNEL VOLONTAIRE.

**271.** L'article 815 permet de suspendre le partage pendant un temps limité qui ne peut excéder cinq ans. Dans ce cas, les héritiers restent dans l'indivision par l'effet de leur volonté, et ils règlent leurs intérêts comme ils l'entendent. Il se peut que des enfants, par des motifs de respect et de convenance, laissent la jouissance des biens de la succession au survivant des père et mère; il n'y a alors aucun partage, pas même de la jouissance, puisque la jouissance tout entière reste au père ou à la mère. Il se peut aussi que les héritiers se partagent la jouissance; cette convention ressemble à un partage ordinaire si l'on donne à chaque héritier un lot qui représente exactement sa part héréditaire. Malgré l'apparence, il y a une différence radicale entre le partage de jouissance et le partage de propriété, c'est que le partage provisionnel laisse la propriété indivise, la jouissance seule est partagée.

**272.** De là suit qu'il doit y avoir une différence entre le partage provisionnel et le partage définitif, quant à la capacité requise pour les consentir. Pour le partage définitif, la loi exige une capacité spéciale (n° 245). Elle ne

(1) Chabot, t. II, p. 313, n° 1 de l'article 840.

s'explique point sur la capacité requise pour faire un partage provisionnel, sauf quand il s'agit du mari, usufruitier des biens de sa femme ; il peut, à ce titre, demander un partage provisionnel (art. 818). En faut-il conclure que le tuteur, que le mineur émancipé ou non émancipé ont aussi le droit de faire un partage provisionnel? On enseigne généralement que le tuteur a qualité pour consentir un partage de jouissance (1). Nous avons soutenu l'opinon contraire au titre de la *Tutelle* (t. V, n° 78). L'article 818 décide la question, nous semble-t-il ; le mari a le droit de demander un partage provisionnel : est-ce comme administrateur? Non, il le peut, dit la loi, « s'il a le droit de jouir des biens de la femme; » c'est donc parce qu'il a la jouissance de la succession qu'il en peut demander le partage provisionnel. Sous le regime de la communauté, le mari ne peut demander le partage provisionnel que des successions dont il a la jouissance; il ne peut pas demander le partage des biens qui en seraient exclus, quoiqu'il en ait l'administration. Donc la qualité d'administrateur ne suffit point pour procéder à un partage provisionnel, et partant le tuteur n'y peut pas consentir.

Cela décide la question pour le mineur non émancipé. La loi le place parmi les incapables (art. 1124), ce qui ne veut pas dire que tout contrat qu'il fait soit nul de droit. On distingue. Le mineur peut demander la nullité des actes qu'il passe, quand la loi prescrit certaines formes pour leur validité. Dans notre opinion, le partage provisionnel ne peut être fait qu'avec l'autorisation du conseil de famille ; si donc le mineur le fait seul, l'acte est nul en la forme (art. 1311); ce qui permet au mineur d'en provoquer la nullité, en prouvant que l'autorisation du conseil de famille n'a pas été obtenue.

Quant au mineur émancipé, on enseigne qu'il peut faire un partage provisionnel sans l'assistance de son curateur (2); en effet, il a le pouvoir d'administration et de plus la jouissance. Mais on oublie qu'il est incapable, et qu'il

(1) Duranton, t. VII, p. 192, n° 106. Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, p. 468, n° 679.
(2) Demante, t. III, p. 256, n° 170 *bis* II.

ne peut faire seul que les actes de pure administration (art. 484). Est-ce qu'un partage provisionnel est un acte de pure administration? Non, certes; l'intérêt du mineur peut être de procéder immédiatement au partage définitif, et alors même qu'il serait intéressé à partager la jouissance, il peut être gravement lésé dans le partage des biens; il importe donc beaucoup qu'il soit assisté.

Par la même raison nous croyons que la femme séparée de biens ne pourrait pas faire de partage provisionnel, quoiqu'elle ait l'administration et la jouissance de ses biens. Ce n'est pas à elle seule à décider s'il doit y avoir un partage définitif ou un partage de jouissance; et il importe, en tout cas, qu'elle soit assistée de son mari dans l'acte de partage.

**273.** Nous supposons le partage provisionnel valablement consenti. Quels en seront les effets? Il donne aux copartageants un droit aux fruits des biens dont la jouissance leur a été attribuée. Lors donc que l'on procédera au partage définitif, il n'y aura pas lieu à rapporter les fruits perçus par les héritiers; ils les gagnent, mais aussi il n'y aura pas lieu à réclamation en supposant que le partage ait été inégal (n° 220). Le partage provisionnel ne concernant que la jouissance, l'indivision continue quant à la propriété. Il faut donc appliquer l'article 815, le partage pourra toujours être provoqué. Toutefois si la convention intervenue entre les héritiers maintient l'indivision pendant un certain délai, il est évident que le partage ne pourra être demandé qu'à l'expiration du délai, pourvu qu'il ne dépasse point le terme de cinq ans.

**274.** Quel est l'effet du partage provisionnel en ce qui concerne la prescription de l'action en partage? Chabot répond que l'action en partage définitif s'éteint par le laps de trente ans qui courent à partir du partage provisionnel(1). Cela nous paraît contraire à tout principe. Chabot combat ceux qui enseignent que le partage provisionnel doit être annulé dans les dix ans, et que par suite le par-

(1) Chabot, t. II, p. 314, n° 5 de l'article 840. En sens contraire, Zachariæ, édition d'Aubry et Rau, t. IV, p. 382 et notes 9 et 10.

tage provisionnel devient définitif, s'il n'a pas été attaqué dans ce délai. C'est une erreur que Chabot réfute parfaitement : le partage provisionnel est valable, il ne peut donc pas s'agir d'en demander la nullité. Mais lui-même ne se trompe-t-il pas en enseignant que l'action en partage se prescrira après trente ans de partage provisionnel? Comment la prescription commencerait-elle à courir le jour où le partage provisionnel se fait, alors que ce partage consacre l'indivision? et peut-il être question de prescription tant que l'indivision de la propriété subsiste? Il faut donc dire que la prescription ne commencera à courir que du jour où l'indivision de propriété cessera, en ce sens que l'héritier possédera, non à titre de communiste, mais à titre de propriétaire. A notre avis, cela ne peut se faire que par une interversion de possession (n° 264).

### N° 2. DU PARTAGE PROVISIONNEL LÉGAL.

#### I. *Dans quels cas le partage provisionnel est-il légal?*

**275.** L'article 466 dit que le partage fait par le tuteur au nom du mineur ne produit l'effet qu'il aurait entre majeurs, que s'il est fait en justice, dans les formes prescrites par la loi : « tout autre partage ne sera considéré que comme provisionnel. » Cette disposition est reproduite dans l'article 840, qui porte : « Les partages faits conformément aux règles ci-dessus prescrites par les tuteurs, avec l'autorisation d'un conseil de famille, sont définitifs; ils ne sont que provisionnels, si les règles prescrites n'ont pas été observées. » Ainsi le code suppose que le tuteur a été autorisé par le conseil de famille à procéder au partage, mais il n'a pas observé les formes prescrites; ce partage est provisionnel. C'est la loi qui le déclare tel, par dérogation au droit commun. Quand un acte concernant des mineurs ne peut être fait qu'avec certaines formes, et que le tuteur ne les a pas observées, cet acte est nul en la forme, dit l'article 1311; il faudrait donc déclarer le partage nul quand le tuteur n'a pas procédé dans les formes

légales Pourquoi la loi, au lieu d'annuler le partage, décide-t-elle qu'il est provisionnel? C'est dans l'intérêt du mineur et dans l'intérêt général. L'annulation d'un partage entraîne la nullité des actes faits par les copartageants, même des actes d'administration et de jouissance. Cela trouble profondément les relations civiles. Mieux valait maintenir les partages, en décidant qu'ils vaudraient comme partages de jouissance; les fruits ne devant pas être rapportés, les actes d'administration resteront valables; les parties intéressées sauront qu'elles ne peuvent pas faire d'actes de disposition; les droits des tiers ne seront donc pas compromis, il n'y aura pas d'actions récursoires. Ce qui n'empêchera pas que le mineur et, à notre avis, tous les copartageants ne puissent provoquer un partage définitif quand ils le voudront : tous les intérêts sont ainsi sauvegardés.

**276.** Le partage est donc provisionnel quand les règles prescrites pour le partage fait en justice n'ont pas été observées, soit en tout, soit en partie. Il a été jugé que le partage est provisionnel lorsqu'il a été fait par attribution, tandis que la loi veut que les lots soient tirés au sort (art. 834) (1). Dans l'espèce, toutes les autres formalités avaient été remplies; mais à raison de l'inobservation du tirage au sort, forme essentielle pour les copartageants, le partage aurait dû être annulé; la loi le maintient en lui donnant les effets d'un partage de jouissance. Cela suppose que le partage a été fait par le tuteur, et que celui-ci a obtenu l'autorisation du conseil de famille. Si le tuteur procédait au partage sans y être autorisé, le partage serait nul, alors même que l'on aurait observé toutes les formalités légales. En effet, le tuteur qui n'est pas autorisé n'a aucune qualité pour agir, donc, d'après le droit commun, l'acte qu'il fait est nul. La loi déroge au droit commun quand les formes légales n'ont pas été observées, elle n'y déroge point lorsque le tuteur a agi sans autorisation. Il y a une raison de cette différence. Lorsque le tuteur est autorisé à faire le partage, il a qualité pour agir; l'acte peut donc

(1) Paris, 23 juin 1840 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1831).

être maintenu, sinon comme partage définitif, au moins comme partage provisionnel; car pour le partage provisionnel la loi ne prescrit pas de formes. Si, au contraire, le tuteur agit sans être autorisé, il n'a aucune qualité, pas même pour faire un partage de jouissance; donc ce qu'il fait doit être nul.

**277.** Il en est de même du partage fait par les mineurs émancipés; il est provisionnel, d'après l'article 840, lorsque le mineur y procède, assisté de son curateur, mais sans observer les règles prescrites par la loi. Si l'on appliquait le droit commun, ce partage serait nul (art. 484 et 1311). La loi le maintient en lui attribuant les effets d'un partage provisionnel. Mais si le mineur avait fait le partage sans être assisté de son curateur, le partage serait nul. Les raisons de décider sont les mêmes que celles que nous venons de donner pour le tuteur.

**278.** Que faut-il décider si un mineur non émancipé fait un partage sans le concours de son tuteur? Un pareil partage serait nul, peu importe que le mineur eût observé les formes légales. C'est l'application du droit commun (art. 1311), et le code n'y déroge pas; il n'y avait pas lieu d'y déroger, en considérant le partage comme provisionnel, car le mineur n'a pas le droit de faire un partage provisionnel. Le partage sera donc nul. Il en serait de même d'un partage fait au nom du mineur par un tiers qui se serait porté fort pour lui. Ce partage devient valable si le mineur le ratifie, à sa majorité, par application du principe que la ratification équivaut au mandat; on suppose que les formes légales ont été observées; si elles ne l'avaient pas été, le partage serait nul en la forme (art. 1311), mais il pourrait être confirmé, toujours en vertu du droit commun (1). En aucun cas le partage ne serait provisionnel; car pour qu'un partage soit provisionnel, il faut ou que les parties aient voulu faire un partage de jouissance, ou qu'elles aient fait un partage sans l'observation des formes légales, dans les cas prévus par la loi. Il ne saurait y avoir de partage provisionnel légal sans texte; or, l'article 840

(1) Rejet de la chambre civile, 10 novembre 1862 (Dalloz, 1862, 1, 470).

ne déclare provisionnel, quant au mineur, que le partage qui a été fait par le tuteur autorisé du conseil de famille, sans observer les règles prescrites par le code civil.

Il a été jugé que si un mineur fait une vente de ses droits successifs, ce partage fait sous forme de vente ne vaut que comme partage provisionnel (1). On prétendait qu'il était valable comme partage définitif, parce que le mineur avait consenti la cession avec l'assistance de ceux dont le consentement était nécessaire pour son mariage; or, les conventions faites par un mineur, avec cette assistance, sont valables (art. 1309 et 1398). C'était faire une fausse application du principe qui considère le mineur comme capable de faire toutes les conventions matrimoniales; l'article 1398 limite expressément ce principe aux conventions qui concernent le mariage. Quant à celles qui sont étrangères au mariage, elles restent sous l'empire du droit commun. Si donc il s'agit d'actes qui exigent certaines formes, il faut que ces formes soient observées, en principe, sous peine de nullité. Or, tel est le partage (art. 466). Le partage ne pouvait donc valoir que comme partage de jouissance, et il n'était même valable comme provisionnel que sous la condition exigée par l'article 840, c'est-à-dire que le mineur fût assisté de son tuteur, autorisé du conseil de famille.

**279.** L'article 840 répute encore provisionnels les partages faits au nom des absents ou non-présents, si les règles que la loi prescrit n'ont pas été observées. Quant aux absents, la loi donne pouvoir aux envoyés en possession de les représenter (n° 249). Si l'on procédait au partage sans que les absents y fussent représentés par les envoyés, le partage serait nul, il ne serait pas provisionnel, car la loi ne le déclare provisionnel qu'à raison de l'inobservation des formes; le défaut de qualité entraîne toujours la nullité de l'acte (2) Ce que nous disons des absents s'applique aussi aux non-présents (n° 250). Dans ce dernier cas, il arrive souvent que l'un des copartageants

(1) Grenoble, 5 août 1859 (Dalloz, 1862, 2, 39).
(2) Un arrêt de Bordeaux du 16 mai 1834 considère le partage comme provisionnel (Dalloz, au mot *Succession*, n° 2242).

se porte fort pour son cohéritier non présent; ce partage sera définitif, mais sa validité dépendra de la ratification de l'héritier qui n'était pas présent au partage. Si les formes n'avaient pas été observées, le partage ne laisserait pas d'être définitif, car la loi ne le déclare pas provisionnel; seulement il serait nul, et il ne deviendrait valable que par une confirmation.

**280.** L'article 840 ne parle pas du partage fait par la femme ou en son nom. Ce partage n'est jamais provisionnel en vertu de la loi. Le mari peut, en son nom, faire un partage provisionnel des successions échues à sa femme quand il a la jouissance de ses biens (art. 818); dans ce cas, le partage est provisionnel dans son principe, le mari n'ayant pas le pouvoir de faire un partage définitif. Si le mari faisait en son nom un partage définitif, l'acte serait nul, car le mari n'a pas qualité pour représenter sa femme. Si le partage était fait au nom de la femme, il serait encore définitif; mais il ne deviendrait valable que par la ratification de la femme. Il a été jugé, et avec raison, que le partage ainsi ratifié est définitif, et valable à partir du jour où le mari l'a souscrit (1). Il est définitif parce que le mari y a parlé au nom de la femme propriétaire; c'est donc un partage de propriété. Il est valable à partir du jour où il a été fait, et non à partir de la ratification, car la ratification équivaut au mandat; elle rétroagit donc au jour où l'acte a été passé. Le partage ne peut pas être provisionnel à raison de l'inobservation des formes, car la loi ne prescrit pas de formes pour les partages auxquels la femme est intéressée. Elle peut y procéder avec l'autorisation de son mari, sans forme aucune. Que si elle n'est pas autorisée, le partage sera nul; c'est le droit commun (art. 225), et la loi n'y déroge pas en matière de partage. Il n'y a donc jamais de partage provisionnel légal pour la femme (2).

**281.** Il résulte de ce que nous venons de dire que le partage fait par le tuteur, par le mineur, émancipé ou non,

(1) Rejet, 11 février 1857 (Dalloz, 1857, 1, 280).
(2) En sens contraire, Delvincourt, t. II, p. 349, n° 9; Toullier, t. II, 2, p. 254, n° 408.

et le partage fait au nom des absents ou non-présents est tantôt provisionnel en vertu de la loi, tantôt nul. La différence est grande entre le partage nul et le partage provisionnel. Lorsque le partage est nul, on applique les principes généraux qui régissent la nullité des actes. La nullité n'est établie, dans l'espèce, que dans l'intérêt des incapables ; elle est donc relative (art. 1125); les incapables seuls peuvent s'en prévaloir. L'action en nullité devra être intentée dans les dix ans (art. 1304); elle ne peut plus l'être si le partage a été confirmé; la prescription de dix ans est elle-même une confirmation tacite. Tel est le droit commun, et la loi n'y déroge pas en matière de partage. Nous allons voir que les effets du partage provisionnel légal sont tout différents.

### II. *Des effets du partage provisionnel légal.*

#### 1. A L'ÉGARD DES INCAPABLES.

**282.** Le partage réputé provisionnel en vertu de la loi a les mêmes effets que le partage provisionnel volontaire. Ce n'est pas un partage nul, c'est un partage de jouissance, valable comme tel. L'indivision subsiste donc, bien que les copartageants aient eu l'intention d'y mettre une fin; chacun d'eux jouit des biens mis dans son lot, il fait les fruits siens; la propriété reste indivise, mais les cohéritiers peuvent demander un partage définitif. Cela est certain quant aux incapables. Doivent-ils demander la nullité du premier partage? La question n'a pas de sens. Ce partage est valable, il ne peut donc pas s'agir d'en provoquer l'annulation (1); mais il n'est que provisionnel, c'est-à-dire que la succession, quant à la propriété, reste indivise. Il y a donc lieu d'appliquer l'article 815 : le partage peut toujours être demandé. Il peut l'être après les dix ans, car

(1) Paris, 3 février 1812 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 2233, 1°). Bruxelles, 3 août 1843 (*Pasicrisie*, 1845, 2, 216). Un arrêt de rejet de la cour de cassation de France, du 13 mai 1823 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 2234), décide que le mineur doit agir dans les dix ans, conformément à l'article 1304. L'arrêt ne donne aucun motif.

l'article 1304 n'est pas applicable; l'action est une demande en partage, et non une action en nullité. Dans quel délai l'action en partage doit-elle être formée? Il faut toujours appliquer les principes généraux. L'action en partage est imprescriptible, en règle générale; elle devient prescriptible lorsque les héritiers possèdent séparément à titre de propriétaires. Dans l'espèce, les héritiers posséderont d'ordinaire à ce titre, puisque leur intention était de faire un partage définitif. Il est vrai que la loi déclare leur partage provisionnel. Mais la loi ne peut pas empêcher que de fait les copartageants ne se croient propriétaires et ne possèdent comme tels. Donc la prescription courra généralement à partir du partage, et par conséquent la demande en partage définitif devra être faite dans les trente ans. Il y aurait exception si les héritiers, sachant que les formes légales n'ont pas été observées et que leur partage n'est que provisionnel, possédaient à titre de communistes; il y aurait alors indivision, dans le sens de l'article 815, et par suite l'action en partage serait imprescriptible (1).

**283**. Le partage provisionnel peut-il être confirmé par les incapables, en ce sens que le partage provisionnel soit transformé en partage définitif? A notre avis, il ne peut pas s'agir d'une confirmation. On confirme un acte vicié, et nul à raison de ce vice; la confirmation a pour objet d'effacer le vice et de rendre l'acte pleinement valable (art. 1338). Quand le partage est nul, il peut être confirmé; on est sous l'empire du droit commun. Lorsque la loi déclare que le partage est provisionnel, il n'y a pas d'acte nul; il y avait, à la vérité, un vice qui infectait le partage et le rendait nul, les formes prescrites par la loi n'ayant pas été observées; mais la loi, dérogeant au droit commun, décide que le partage ne sera pas nul, qu'il sera provisionnel, donc valable comme partage de jouissance. Peut-il s'agir de confirmer un partage valable? peut-il s'agir de renoncer à une action en nullité alors que la loi déclare que le partage n'est pas nul, qu'il est provisionnel? Un partage provisionnel est un partage de jouissance,

(1) Comparez Aubry et Rau sur Zachariæ, t. IV, p. 385, note 18; Demolombe, t. XV, p. 688, n° 693.

donc le maintien de l'indivision; et quand il y a indivision, le partage peut toujours être demandé. Si donc les incapables veulent maintenir le partage provisionnel à titre de partage définitif, ils doivent faire une nouvelle convention, qui vaudra comme partage définitif. Ceci n'est pas une querelle de mots. Autres sont les conditions requises pour la confirmation, autres sont les conditions prescrites pour le partage. Les effets aussi diffèrent. La confirmation rétroagit, de sorte que si le partage provisionnel pouvait être confirmé, il serait définitif, avec tous ses effets, à partir du jour du premier partage; tandis que si la transformation du partage provisionnel en partage définitif ne peut se faire qu'en vertu d'une convention nouvelle, le partage définitif n'existera qu'à partir de cette convention.

La jurisprudence et la plupart des auteurs sont contraires à l'opinion que nous venons d'enseigner (1). Cela tient à l'opinion généralement admise sur l'effet que produit le partage provisionnel légal à l'égard des parties capables qui y sont intervenues. Nous allons l'examiner. A notre avis, la doctrine dominante s'est écartée du texte et de l'esprit de la loi. De là les incertitudes et les embarras de la jurisprudence. La même anarchie règne parmi les auteurs; chacun a son sentiment particulier. Nous sommes forcé de négliger ces dissentiments, parce que la critique détaillée nous entraînerait trop loin.

### 2. EFFET DU PARTAGE PROVISIONNEL LÉGAL A L'ÉGARD DES PARTIES CAPABLES.

**284.** La difficulté est de savoir si le partage que la loi répute provisionnel est aussi provisionnel à l'égard des parties qui sont capables? Ou est-il défintif à leur égard et provisionnel à l'égard des incapables? A notre avis, le partage est provisionnel à l'égard de toutes les parties contractantes. C'est l'opinion de Delvincourt et de Duranton (2). Elle est fondée sur le texte et sur l'esprit de la loi. Tous les articles qui concernent le partage provisionnel

(1) Rejet, 28 juin 1826, 18 décembre 1837 (Dalloz, au mot *Succession*, nos 2235 et 2234, 1°). Bruxelles, 3 août 1843 (*Pasicrisie*, 1845, 2, 216).
(2) Delvincourt, t. II, p. 147. Duranton, t. VII, p. 269 et suiv., n° 181.

légal sont conçus en termes généraux. L'article 466 dit que le partage aura, à l'égard du mineur, tout l'effet qu'il aurait *entre majeurs*, s'il est fait en justice avec les formes prescrites par la loi; *tout autre partage* ne sera considéré que comme provisionnel. C'est donc le partage qui est réputé provisionnel pour le tout, c'est-à-dire à l'égard de toutes les parties contractantes : fait dans les formes légales, il est censé fait *entre majeurs* : fait sans ces formes, il doit être réputé fait entre mineurs; c'est-à-dire que, dans le premier cas, il est définitif à l'égard de tous, et dans le second, provisionnel à l'égard de tous. C'est ce que dit l'article 840 : les partages réguliers sont définitifs, les partages irréguliers sont provisionnels. L'esprit de la loi est en harmonie avec les textes. Qu'est-ce que le partage? Un acte qui met fin à l'indivision, soit de la propriété, soit de la jouissance : ce qui était indivis est divisé. Peut-on scinder ces effets, en considérant le partage comme définitif à l'égard des majeurs et comme provisionnel à l'égard des mineurs? Ce serait une chose si anomale qu'il faudrait un texte plus que formel pour qu'on pût l'admettre. Un partage définitif, c'est la division de l'hérédité, l'indivision est effacée comme si elle n'avait jamais existé. Un partage provisionnel, c'est l'indivision, chacun des héritiers a un droit indivis sur toute l'hérédité, aucun n'a un droit divisé. Conçoit-on que ces deux états, tout à fait contraires, coexistent? qu'il y ait tout ensemble indivision et division? On admet que l'action en partage est indivisible, pourquoi? Parce que l'indivision ne peut pas cesser à l'égard des uns sans cesser à l'égard des autres. Donc si elle subsiste, elle doit subsister pour le tout. Il y a un héritier majeur et un héritier mineur, ils partagent l'hérédité; les formes n'étant pas observées, le partage est déclaré provisionnel. Qu'est-ce à dire? Le mineur seul sera-t-il en état d'indivision? Cela est impossible; il ne peut pas être dans l'indivision pour son compte tout seul; l'indivision implique que son cohéritier aussi est en état d'indivision. Donc la division ou l'indivision ne peuvent pas se scinder. Par cela seul qu'il y a indivision, elle existe à l'égard de tous. Donc le partage est provisionnel à l'égard de tous.

**285.** La jurisprudence a consacré l'opinion contraire(1). Elle décide que le partage est toujours provisionnel à l'égard du mineur dès que les formes légales n'ont pas été observées. Quant au majeur, la cour de cassation distingue : si l'intention des parties était de faire un partage définitif, il sera définitif à l'égard des parties capables et provisionnel à l'égard des incapables; mais si elles n'ont pas entendu traiter définitivement, le partage sera provisionnel à l'égard de tous. La question de savoir si le partage sera définitif ou provisionnel à l'égard des majeurs qui ont traité avec des mineurs dépend donc de l'intention des parties contractantes. Cette distinction que l'on fait entre les capables et les incapables est en opposition avec le texte : la loi est générale, elle ne dit pas que le partage est définitif à l'égard des uns, provisionnel à l'égard des autres; elle dit que le partage est provisionnel. La distinction est encore contraire au texte, en ce qu'elle fait dépendre de l'intention des parties intéressées la question de savoir si le partage est définitif ou provisionnel, tandis que la loi s'attache à l'observation ou à l'inobservation des formes qu'elle prescrit. Enfin, la jurisprudence est en opposition avec le texte de la loi, parce qu'elle suppose que lorsque les parties n'observent pas les formes légales, elles ont l'intention de faire un partage provisionnel. L'intention des parties est toujours de faire un partage définitif, car le partage provisionnel est une exception, une exception qui, en général, est peu favorable aux parties contractantes, et qui est toujours contraire à l'intérêt général. Quand donc les héritiers partagent, ils entendent partager définitivement. On n'a qu'à consulter les cas qui se sont présentés devant les tribunaux pour s'en convaincre. Un partage est fait dans toutes les formes que la loi prescrit; mais la distribution des lots se fait par attribution, tandis que la loi veut qu'ils soient tirés au sort : ce partage est provisionnel,

(1) Arrêts de rejet du 24 juin 1839 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 2227) et du 9 mars 1846 (Dalloz, 1846, 1, 285). Lyon, 23 mai 1868 (Dalloz, 1869, 2, 112). Bruxelles, 21 mars 1838 (*Pasicrisie*, 1838, 2, 86). Dans le même sens, Aubry et Rau sur Zachariæ, t. IV, p. 382 et notes 12, 13 et 14; Demolombe, t. XV, p. 689, n° 694 et les auteurs qui y sont cités.

dit l'article 840. Est-ce à dire que les parties aient entendu faire un partage de jouissance? Non, certes, elles ont voulu faire un partage définitif, et néanmoins la loi le déclare provisionnel, parce que les formes n'ont pas été observées. Peu importe donc l'intention des parties : la loi ne la prend pas en considération, tandis que la jurisprudence en fait la base de ses décisions.

La jurisprudence invoque l'article 1125; c'est, à vrai dire, le seul argument juridique que l'on puisse faire valoir contre l'opinion que nous soutenons. Aux termes de cet article, les incapables ne peuvent attaquer, pour cause d'incapacité, leurs engagements que dans les cas prévus par la loi. Les personnes capables de s'engager ne peuvent opposer l'incapacité du mineur avec qui elles ont contracté. Si, comme la jurisprudence le suppose, les parties ont voulu faire un partage définitif, l'acte est nul comme tel, valable seulement comme partage provisionnel. Pourquoi la loi transforme-t-elle un partage nul en partage provisionnel? Ce n'est certes pas dans l'intérêt des majeurs, c'est uniquement à raison des incapables et dans leur intérêt. Donc, par application du principe posé par l'article 1125, il faut décider que le partage sera provisionnel à l'égard des mineurs, mais qu'il reste nul à l'égard des majeurs, en ce sens qu'à leur égard le partage sera définitif; ils ne peuvent pas se prévaloir du caractère provisionnel que la loi imprime au partage dans l'intérêt des mineurs. La réponse à cette argumentation est très-simple, et elle nous semble péremptoire : c'est que le partage irrégulier dans lequel interviennent des mineurs n'est pas un partage nul, il est provisionnel en vertu de la loi. Il est si vrai que ce partage n'est pas nul que, de l'aveu de ceux que nous combattons, les mineurs n'agissent pas par action en nullité quand ils demandent un partage définitif, et que par suite l'article 1304 ne leur est pas applicable. Cela décide la question. Si les mineurs n'attaquent pas l'acte, on ne peut appliquer ni le texte ni l'esprit de l'article 1125 : le texte, puisqu'il suppose une action en nullité : l'esprit, puisque la loi a pour but de sauvegarder l'intérêt des mineurs; or, elle y a pourvu en ne donnant

au partage irrégulier qu'un caractère provisionnel. C'est dans l'intérêt des mineurs que la loi n'a pas déclaré le partage nul. Or, si on le considère comme définitif à l'égard des majeurs, tous les inconvénients que la loi a voulu prévenir se reproduiront. Les majeurs ne pourront pas disposer des biens compris dans leur lot, parce que d'un jour à l'autre les mineurs peuvent demander un nouveau partage; s'ils en disposent, les actes qu'ils feront seront nuls lorsqu'il y aura un partage nouveau ; de là des actions récursoires et l'incertitude de la propriété que le législateur a voulu éviter. Et pourquoi compromet-on l'intérêt des tiers, qui est aussi l'intérêt général? Est-ce en faveur des mineurs? Leur intérêt est pleinement garanti par le caractère provisionnel du partage; ils pourront demander un partage définitif quand ils le voudront.

En réalité, la jurisprudence fait une loi nouvelle, et nous ne voyons pas que cette loi soit meilleure que le système du code civil. Le code dit que le partage irrégulier est un partage provisionnel à raison de son irrégularité. La jurisprudence distingue deux partages irréguliers. L'un, que les parties ont voulu faire définitif; il est nul comme tel, et, quoique nul, il lie les majeurs à l'égard des mineurs; à l'égard des mineurs, il est provisionnel en ce sens que, devenus majeurs, ils pourront le maintenir, en le confirmant, ou en demander un nouveau. Que si, au contraire, les parties n'ont pas voulu traiter définitivement, le partage sera provisionnel à l'égard des majeurs comme à l'égard des mineurs, et chacune des parties contractantes pourra toujours demander un partage définitif (1). Le code ne connaît qu'un seul partage irrégulier qu'il déclare provisionnel; la jurisprudence déroge donc au code. Est-ce dans l'intérêt des mineurs? C'est une source de procès; les recueils d'arrêts le prouvent. Comment savoir si l'intention des parties est de faire un partage définitif ou si elles ont voulu faire un partage provisionnel? On répond qu'il faut *présumer*, en général, que les parties

(1) Jugement du tribunal de Bruxelles, du 6 mars 1850, confirmé par arrêt du 18 juin 1851 (*Pasicrisie*, 1852, 2, 150).

ont voulu faire un partage de jouissance. Qui donne au juge le droit de créer cette présomption? Et en admettant qu'il puisse se fonder sur une présomption que la loi ignore, il se mettra en opposition, le plus souvent, avec la volonté véritable des parties : elles ne songent pas à faire un partage provisionnel, elles veulent traiter définitivement; c'est la loi qui transforme leur volonté, en ce sens que d'un partage irrégulier et nul, elle fait un partage provisionnel. Ainsi, dans l'application, la jurisprudence aboutit à des présomptions arbitraires, et en théorie elle viole la loi. C'est ce que nous allons prouver, en examinant les conséquences qui dérivent de l'opinion générale.

**286.** Quand le partage n'est provisionnel qu'à l'égard des mineurs, ceux-ci ont seuls le droit de demander un partage définitif. A leur égard donc il y a indivision, et l'indivision ne peut pas exister à l'égard des héritiers mineurs sans exister aussi à l'égard des héritiers majeurs. Cette indivision durera aussi longtemps que les incapables voudront maintenir le partage provisionnel. Comment cet état de choses prendra-t-il fin? La jurisprudence admet que les mineurs, devenus majeurs, pourront confirmer le partage provisionnel. Cette confirmation peut être expresse ou tacite, d'après le droit commun (art. 1339). Ici l'erreur nous semble évidente; elle est reconnue par les éditeurs de Zachariæ. On confirme un acte nul; or, le partage provisionnel n'est pas nul; donc il n'y a pas lieu de le confirmer. La jurisprudence, en cette matière, est un tissu de contradictions. D'une part, elle décide qu'il n'y a pas lieu d'appliquer l'article 1304, parce qu'il ne s'agit pas d'une action en nullité; d'autre part, elle décide que le partage peut être ratifié par l'exécution volontaire que le mineur en fait à sa majorité, ce qui est bien la confirmation tacite définie par l'article 1339. Or, la prescription de l'article 1304 est aussi une confirmation tacite. On admet donc et on rejette tout ensemble la confirmation (1).

(1) Bruxelles, 3 août 1843 (*Pasicrisie*, 1845, 2, 216); 18 mai 1844 (*Pasicrisie*, 1845, 2, 76); 18 juin 1851 (*Pasicrisie*, 1852, 2, 150). La jurisprudence française est dans le même sens. Voyez arrêts de rejet du 4 mai 1858 (Dalloz, 1858, 1, 254) et du 15 juillet 1868 (Dalloz, 1869, 1, 373).

Les éditeurs de Zachariæ, tout en se rangeant du côté de la jurisprudence, lui donnent une autre interprétation. Ce n'est pas une confirmation, disent-ils, c'est une renonciation. Les mineurs peuvent demander un partage nouveau, mais ils sont libres de renoncer à ce droit, et ils y renoncent en agréant le partage provisionnel comme partage définitif, ce qu'ils peuvent faire en l'exécutant (1). Que de difficultés on se crée, en s'écartant du texte de la loi! Elle déclare que le partage est provisionnel, c'est dire qu'il y a indivision; et comment met-on fin à l'indivision? Par un partage définitif, c'est-à-dire par une convention formelle portant sur la distribution de la propriété. Il ne suffit donc pas d'une simple renonciation des mineurs, car la renonciation est un acte unilatéral; il faut le concours de consentement de toutes les parties intéressées. Il a été jugé, en ce sens, que la convention par laquelle on transforme un partage provisionnel en partage définitif étant un véritable partage, l'on doit appliquer les règles qui régissent le partage; dans l'opinion de ceux qui exigent un écrit, pour la preuve du partage, il faudra un écrit pour prouver que le partage provisionnel a été converti en partage définitif, ou pour prouver le partage définitif si l'on en fait un nouveau (2).

**287.** Il reste une difficulté dans l'opinion générale. Les majeurs ne peuvent pas demander un nouveau partage lorsque, dans leur intention, le partage irrégulier était définitif. Mais si les mineurs n'agissent pas, les majeurs seront-ils obligés de rester dans l'indivision tant qu'il ne plaira pas aux mineurs de demander un partage définitif? Telle est, en réalité, la situation des parties dans l'opinion que nous combattons; véritable impasse qui aboutit, contre la défense expresse de l'article 815, à une indivision forcée : les mineurs y peuvent mettre fin, les majeurs ne le peuvent pas. Les éditeurs de Zachariæ enseignent que les héritiers majeurs ont le droit d'interpeller leurs cohéritiers mineurs, à leur majorité, s'ils veulent maintenir le

(1) Aubry et Rau sur Zachariæ, t. IV, p. 385 et suiv., et note 19).
(2) Poitiers, 27 janvier 1864 (Dalloz, 1864, 5, 268).

partage provisionnel, ou s'ils consentent à procéder à un partage définitif. Sur leur refus, les majeurs auront le droit de demander un nouveau partage. Il n'y a pas un mot de cela dans la loi; Aubry et Rau avouent que le code ignore les actions interrogatoires; c'est avouer que l'on fait la loi, pour sortir de l'impasse que la doctrine générale crée au préjudice des copartageants majeurs (1). Au lieu de toutes ces ambages, n'est-il pas plus simple et plus juridique de s'en tenir au texte, qui déclare le partage provisionnel en termes absolus, ce qui permet à tous les copartageants de demander un partage définitif?

## § IV. *Du partage définitif.*

### N° 1. PRINCIPES GÉNÉRAUX.

#### I. *Conditions intrinsèques.*

**288.** Le partage exige, en général, une opération matérielle, la formation de lots qui sont attribués à chacun des cohéritiers, soit par convention, soit par la voie du sort. Il en est ainsi quand il y a des immeubles ou des meubles dans l'hérédité. Quant aux créances, la loi elle-même en fait la division; ce partage légal produit ses effets alors même que les autres biens sont encore indivis (n° 213). Il se peut que toute l'hérédité consiste en créances; dans ce cas, à la rigueur, le partage est inutile. La cour de cassation l'a jugé ainsi dans une hypothèse singulière. Il n'existait plus ni meubles ni immeubles, tous les biens ayant été vendus pour payer les dettes; l'actif héréditaire se composait d'une créance contre l'un des héritiers ; cette créance se divisant de plein droit entre tous les héritiers, chacun d'eux en pouvait réclamer sa part, sans partage aucun, et sans qu'il fût nécessaire de procéder à une liquidation, en remplissant les formalités ordinaires prescrites par la loi pour la validité des partages. Il n'y avait rien à liquider; le partage se faisait donc en vertu de la

(1) Zachariæ, édition d'Aubry et Rau, t. IV, p. 384 et suiv., et note 16.

loi, le juge ne devant intervenir que lorsqu'il y a contestation sur le règlement des parts revenant à chaque héritier (1).

**289.** Le partage n'est qu'une liquidation de droits préexistants; les héritiers acquièrent la propriété des biens du défunt en vertu de la loi; tous ont un droit égal dans les biens; de là un principe fondamental, c'est que chacun des héritiers peut réclamer sa part en nature des biens délaissés par le défunt. Alors même que l'un des héritiers recevrait la valeur de sa part héréditaire en argent ou en créances, avant tout partage, il devrait être appelé au partage que feraient ses cohéritiers; en recevant des valeurs, il contracte l'obligation de les rapporter à la masse, mais il ne renonce pas au droit qu'il tient de la loi de réclamer sa part en nature des biens dont il est copropriétaire. La cour d'Agen avait jugé que l'héritier ayant reçu sa part héréditaire en créances, les autres héritiers avaient pu valablement procéder au partage du reste de l'hérédité. C'était méconnaître le droit de copropriété de l'héritier L'arrêt a été cassé (2).

**290.** Chacun des héritiers ayant un droit indivis dans les biens de l'hérédité, tous doivent être appelés au partage. Nous avons dit (n° 258) que l'action en partage doit être intentée contre tous les héritiers. Il a été jugé qu'un partage fait sans l'intervention de tous les intéressés est un partage provisoire (3). Il serait plus juste de dire qu'il est inexistant; une liquidation sans le concours de tous les ayants droit ne se conçoit pas. Un pareil partage n'est pas un partage; il va sans dire qu'il ne peut être opposé aux héritiers qui n'y figurent point; ceux-ci, restant dans l'indivision, peuvent toujours demander un nouveau partage. Il y a plus : les héritiers mêmes qui ont procédé à ce partage en peuvent provoquer un autre, car eux aussi restent dans l'indivision, et ils peuvent toujours y mettre fin. L'article 1078 le dit pour les partages d'ascendants, et il y a identité de raison pour les partages ordinaires.

(1) Rejet, 17 janvier 1870 (Dalloz, 1870, 1, 302).
(2) Cassation, 13 mai 1861 (Dalloz, 1861, 1, 232).
(3) Liége, 3 août 1852 (*Pasicrisie*, 1852, 2, 345).

Cela décide la question de savoir si le partage peut être fait par quelques-uns des héritiers sans le concours des autres. Nous ne comprenons pas que la question soit controversée. Les héritiers qui ne seraient pas appelés au partage ne sont-ils pas copropriétaires par indivis de l'hérédité? Et le partage fait sans eux peut-il les dépouiller de leur droit? Donc la succession reste indivise à leur égard. Et une seule et même succession peut-elle être indivise à l'égard des uns et divisée, partagée à l'égard des autres? Nous croyons inutile d'insister, puisque telle est l'opinion générale (1).

**291.** Autre est la question de savoir si les héritiers peuvent, de commun accord, faire un partage partiel, c'est-à-dire s'ils peuvent partager une partie des biens en laissant les autres indivis. L'affirmative n'est pas douteuse. En effet, la loi permet aux héritiers de maintenir l'indivision pour le tout pendant un temps déterminé qui peut aller jusqu'à cinq ans; à plus forte raison peuvent-ils laisser certains biens indivis et partager les autres. La loi dit encore que le partage peut toujours être demandé; donc s'il y a des biens partageables, les héritiers ont le droit d'en provoquer le partage. Cela est aussi fondé en raison. Pourquoi les héritiers ne profiteraient-ils pas immédiatement des biens qui sont susceptibles d'être partagés? Les forcer à rester dans l'indivision, n'est-ce pas aller contre le vœu de la loi qui favorise le partage (2)?

Le droit des héritiers ne saurait être contesté. La seule difficulté est de savoir si le partage partiel est définitif, ou s'il est subordonné à la liquidation générale. En principe, tout partage est définitif, puisqu'il a pour effet de déclarer la propriété des copartageants; ceux-ci, considérés comme ayant toujours été propriétaires, peuvent naturellement disposer des biens compris dans leur lot. Leur droit est irrévocable, et ne peut par conséquent pas dépendre du nouveau partage qui se fera des biens restés

(1) Voyez les autorités dans Zachariæ, édition de Massé et Vergé, t. II, p. 364, note 8, et dans Demolombe, t. XV, p. 600, n° 617.
(2) Bordeaux, 16 août 1827 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1628). Paris, 3 juillet 1848 (Dalloz, 1848, 2, 142).

indivis. Les deux actes sont indépendants l'un de l'autre, et produisent chacun leur effet séparément (1).

**292.** Il arrive assez souvent que des enfants, héritiers de leurs père et mère, liquident simultanément les deux successions et par suite la communauté qui existait entre leurs parents. La communauté, les successions paternelle et maternelle peuvent-elles faire l'objet d'un seul et même partage? La question donne lieu à bien des difficultés. Un premier point est certain. Il faut d'abord que la communauté soit liquidée; elle a son actif et son passif; les dettes doivent être payées, puis l'excédant se partage par moitié entre les héritiers du père et ceux de la mère; dans l'espèce, la moitié sera attribuée à la succession paternelle et l'autre moitié à la succession maternelle. La liquidation du passif de la communauté présente une difficulté sur laquelle les meilleurs esprits sont divisés. On demande si les héritiers doivent faire rapport à la communauté des sommes qu'ils en ont reçues, ou si le rapport doit se faire par moitié à chacune des deux successions paternelle et maternelle. La jurisprudence est dans le dernier sens (2). Il nous reste des doutes, que nous exposerons au titre du *Contrat de mariage*.

Quand la communauté est liquidée, on procède au partage des deux successions. Les héritiers peuvent-ils les réunir en une seule masse et ne faire qu'un seul partage? En principe, il n'y a aucun doute. Ce sont les mêmes héritiers, les mêmes biens sont indivis entre eux : pourquoi faire deux opérations et, s'il y a lieu, deux procédures, si une seule suffit? Cela suppose qu'il n'y a point de créancier intéressé qui y forme opposition. Le créancier de l'une des successions peut former opposition et intervenir au partage pour sauvegarder ses intérêts. Si les héritiers procèdent au partage malgré cette opposition, le créancier opposant pourra demander la nullité du partage, et

(1) Rejet de la chambre civile, 3 décembre 1851 (Dalloz, 1852, 1, 11). La doctrine et la jurisprudence sont en ce sens (Dutruc, p. 71, n° 47; Dalloz, au mot *Succession*, n° 1628).

(2) Cassation, 31 mars 1846, sur les conclusions contraires de l'avocat général Delangle (Dalloz, 1846, 1, 135). Rejet, 2 mars 1847 (Dalloz, 1847, 1, 287).

l'annulation portera sur les deux successions, puisqu'elles ont été confondues en une seule masse (1). Si le créancier intervient, et s'il ne forme opposition ni contre le jugement qui ordonne le partage par confusion des deux successions, ni contre le partage qui s'est fait en exécution de ce jugement, il n'est plus recevable à demander que l'on divise le lot échu à son débiteur en deux parts représentant les droits paternels et maternels ; car une fois le partage consommé, il n'y a plus de successions paternelle et maternelle distinctes, il n'y a qu'un propriétaire qui est censé avoir toujours eu la propriété des biens compris dans son lot (1).

Les mêmes principes ont été appliqués dans une autre espèce. Un des héritiers concède une hypothèque sur un immeuble de la succession pendant l'indivision. Le créancier hypothécaire intervient au partage, lequel comprend les biens paternels et les biens maternels; l'immeuble tombe au lot d'un cohéritier du débiteur qui lui a concédé l'hypothèque; par suite l'hypothèque tombe. Peut-il ensuite contester la validité du partage? Non, certes : c'est l'application du principe établi par l'article 882, comme nous le dirons plus loin (2).

**293**. Le partage peut-il être fait sous condition résolutoire? Oui, et sans doute aucun. Le partage est une convention ; or, les parties intéressées jouissent d'une liberté entière, en ce qui concerne les clauses des contrats qu'elles veulent faire. On objecte que le partage fait sous condition résolutoire serait contraire au principe établi par l'article 815, puisqu'il aurait pour effet de rétablir l'indivision lorsque la condition se réalise. L'objection est insignifiante. Il est vrai que la résolution du partage aura pour effet de maintenir l'indivision, puisque le partage sera considéré comme n'ayant jamais existé ; mais les parties peuvent rester dans l'indivision, si elles le veulent : tout ce que l'article 815 prohibe, c'est l'indivision forcée (3).

La résolution produit tant d'inconvénients pour les par-

(1) Rejet, 14 novembre 1853 (Dalloz, 1853, 1, 325).
(2) Rejet, 22 mars 1847 (Dalloz, 1847, 1, 287).
(3) Rouen, 17 janvier 1849 (Dalloz, 1850, 2, 97).

ties contractantes, surtout dans un partage, qu'il arrivera rarement que les héritiers consentent à remettre leurs droits en question. Cependant il y en a des exemples; nous les rapporterons en traitant de l'annulation du partage. Il s'est présenté quelques cas singuliers, sur la nature desquels il y a quelque doute. Dans un partage de biens situés sur le bord de la mer, les parties stipulent la condition suivante : « S'il arrivait, par l'effet de la mer, destruction totale ou partielle, alors il serait procédé à de nouveaux lots égaux des objets qui continueraient d'exister. » L'événement prévu arriva plus de trente ans après le partage. Un procès s'engagea sur la validité de la clause. Il fut jugé qu'elle constituait une convention éventuelle d'indivision, et que par suite elle n'était pas obligatoire au delà de cinq ans, à compter de l'acte de partage (1). On a critiqué cette décision en disant que le partage, dans l'espèce, n'était pas définitif, que par conséquent l'indivision subsistait et donnait à chacun des héritiers le droit de demander un partage définitif dans les trente ans. Il nous semble que la clause était une vraie condition résolutoire; il devait être procédé à de *nouveaux* lots, donc les anciens lots, c'est-à-dire le premier partage, étaient révoqués ou résolus, car le partage n'est autre chose qu'un allotissement. Vainement dit-on que le partage pouvant être anéanti après trente ans de possession, il y a réellement indivision. Non, l'indivision a cessé, puisque la condition résolutoire n'empêche pas le partage d'être pur et simple; mais il est résolu si la condition prévue se réalise: alors l'indivision sera rétablie rétroactivement; il se peut donc qu'elle aura duré plus de cinq ans; mais est-ce là une indivision forcée? Nous avons d'avance répondu à l'objection. L'indivision est si peu forcée que du jour où elle se rétablit, le partage pourra être demandé. Quant aux inconvénients qui résultent de l'incertitude où se trouvent les parties contractantes, c'est leur affaire; cela n'empêche pas la convention d'être légale : toute résolution d'un contrat translatif de propriété jette le trouble dans les rela-

(1) Caen, 12 mars 1846 (Dalloz, 1857, 2, 90).

tions civiles, ce qui n'empêche pas la loi de l'autoriser (1).

Un cas analogue s'est présenté devant la cour de Nancy. Il avait été stipulé dans un acte de partage que si des carrières ou tourbières étaient découvertes dans les biens partagés, l'usage en serait commun à tous les copartageants, sauf indemnité au propriétaire du sol. La cour décida que la clause était nulle comme étant contraire à l'article 815 (2). Il nous semble que la clause ne créait aucune copropriété, elle ne contenait pas même de condition résolutoire : les lots étaient maintenus, donc les copartageants restaient propriétaires des biens mis dans leurs lots ; seulement les parties, voulant maintenir l'égalité entre elles, mettaient en commun une jouissance éventuelle ; nous ne voyons pas ce que cette clause a de contraire à l'article 815.

### II. *Forme du partage.*

#### 1. PARTAGE CONVENTIONNEL ET JUDICIAIRE.

**294**. Sous le rapport de la forme, le code civil distingue deux espèces de partages, le partage conventionnel et le partage judiciaire. Aux termes de l'article 819, les héritiers, quand ils sont présents et majeurs, peuvent faire le partage dans la forme et par tel acte qu'ils jugent convenable. Si tous les héritiers ne sont pas présents, ou s'il y a parmi eux des mineurs même émancipés, le partage doit être fait en justice (art. 838). Il en est de même si les héritiers, quoique majeurs et capables, ne s'entendent pas (art. 823). Le code de procédure reproduit ces dispositions, mais avec des modifications dans l'expression : d'après les articles 984 et 985, le partage doit être fait en justice lorsque parmi les cohéritiers il se trouve des personnes qui ne *jouissent pas de leurs droits* ; tandis que, si tous les héritiers *jouissent des droits civils*, ils peuvent faire le partage comme ils l'entendent. Cette formule n'est pas

(1) Demolombe, t. XV, p. 595, n° 614.
(2) Nancy, 12 mars 1845 (Dalloz, 1846, 2, 120).

exacte ; les mineurs *jouissent* de leurs droits, mais ils n'en ont pas l'exercice. Quant aux absents, c'est l'incertitude qui règne sur leur existence qui nécessite l'intervention de la justice, et non leur incapacité. Les non-présents peuvent avoir la jouissance et l'exercice de leurs droits, et néanmoins le partage où ils sont intéressés devra se faire en justice. Il vaut donc mieux ne pas se servir de l'expression impropre que le code de procédure emploie, et s'en tenir au principe tel qu'il est formulé par le code civil.

**295.** Le partage auquel des mineurs sont intéressés doit se faire dans les formes que la loi prescrit pour sauvegarder leurs intérêts ; il n'y a pas à distinguer s'ils sont émancipés ou non (art. 838). Comme c'est à raison de leur incapacité que ces formes sont établies, il faut décider qu'elles sont d'ordre public et qu'il n'y peut être dérogé. Il semble résulter d'un arrêt de la cour de Pau que le tuteur peut céder les droits successifs du mineur avec l'autorisation du conseil de famille (1). C'est une erreur. On ne peut pas remplacer des garanties établies en faveur des incapables par d'autres garanties, quand même le conseil de famille ainsi que le tribunal les jugeraient suffisantes ; il n'appartient ni au conseil ni au juge de déroger à une loi d'ordre public. Par la même raison il faut décider que le partage ne peut se faire sous forme de transaction. Il y a un arrêt contraire de la cour de cassation, mais la décision est sans valeur doctrinale, car la cour se borne à dire que l'observation des formalités prescrites pour la transaction par l'article 467 rend inapplicables les dispositions du code civil et du code de procédure concernant les formalités du partage judiciaire (2). C'est décider la question par la question. On dit qu'il pourrait être utile au mineur qu'il y eût un partage d'attribution, c'est-à-dire que, au lieu de tirer les lots au sort, on attribue à chacun des copartageants les biens qui lui procurent le plus d'avantage. Cela est très-vrai, mais le législateur seul peut tenir compte de cette considération, en autorisant le

(1) Pau, 30 janvier 1852 (Dalloz, 1853, 2, 57).
(2) Rejet, 30 août 1815 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1844). En sens contraire, Paris, 23 juillet 1840 (Dalloz, *ibid.*, n° 1831).

juge à ordonner un partage d'attribution si l'intérêt du mineur l'exige ; l'interprète n'a pas ce pouvoir. Les auteurs se prononcent pour l'opinion contraire (1).

**296.** Les interdits sont assimilés aux mineurs. Quant aux personnes placées sous conseil, elles peuvent faire un partage conventionnel, par cela seul que la loi ne prescrit pas de faire en justice le partage où ils sont intéressés. En effet, le partage judiciaire est une exception que la loi établit à raison de l'incapacité de certaines personnes ; or, ceux qui sont placés sous conseil ne sont pas rangés parmi les incapables. La loi aurait dû au moins exiger qu'ils soient assistés de leur conseil; elle ne l'a pas fait : ce qui permet de soutenir que l'assistance du conseil n'est pas nécessaire (2).

**297.** Si tous les héritiers ne sont pas présents, le partage doit se faire en justice (art. 838). En matière de succession, on appelle *non-présents* ceux qui ne sont pas sur les lieux, bien que leur existence soit certaine. Ils peuvent se faire représenter par un mandataire, à condition que le mandat soit spécial. Faut-il aussi que le mandat donne pouvoir de procéder à un partage à l'amiable? Le pouvoir de partager implique le pouvoir de consentir un partage conventionnel, puisque ce mode de partager forme le droit commun ; cela est aussi fondé en raison, car le partage conventionnel évite les frais d'un partage judiciaire (3). Si les héritiers non présents n'ont pas constitué de mandataire, faudra-t-il les assigner et procéder par défaut? Nous avons déjà répondu à la question (nº 250). A notre avis, le tribunal doit commettre un notaire pour représenter le non-présent dans le partage qui devra, en ce cas, avoir lieu en justice. Le notaire commis ne pourra pas faire de partage conventionnel ; l'article 985 du code de procédure qui parle des héritiers non présents, mais *dûment représentés*, suppose qu'ils ont constitué un

(1) Zachariæ, édition d'Aubry et Rau, t. IV, p. 378, note 1 et p. 396, note 31. Demante, t. III, p. 254, nº 168 *bis*.

(2) Comparez Demolombe, t. XV, p. 577, nº 595 et le tome V de mes *Principes*, nº 370, p 457.

(3) Demante, t. III, p. 229, nº 147 *bis* I. Demolombe, t. XV, p. 579, nº 599. Massé et Vergé sur Zachariæ, t. II, p. 362, note 5.

mandataire : ceux qui tiennent leur mandat de la justice ne jouissent pas du même pouvoir que ceux qui tiennent leur pouvoir de l'héritier capable de disposer de ses droits.

**298.** La femme mariée est rangée parmi les incapables (art. 1124); mais son incapacité ne consiste qu'en une chose, c'est qu'elle doit être autorisée par son mari pour faire les actes juridiques qui l'intéressent. Avec cette autorisation, elle peut procéder à un partage à l'amiable. Il y a quelque doute pour la femme mariée sous le régime dotal; comme la difficulté tient aux principes spéciaux de ce régime, nous l'ajournons au titre du *Contrat de mariage*.

**299.** Il y a aussi lieu au partage judiciaire, quoique les héritiers soient capables et présents, s'ils ne s'entendent pas; c'est-à-dire si l'un d'eux refuse de consentir au partage à l'amiable ou s'il s'élève des contestations sur le mode d'y procéder, ou sur la manière de le terminer. Dès qu'il y a des contestations, le tribunal doit intervenir pour les vider. La loi règle les formes dans lesquelles il doit être procédé en justice; elles sont les mêmes pour les héritiers capables et pour les héritiers incapables. Il y a cependant une différence importante. Quand il y a des incapables en cause, les formalités sont d'ordre public, il n'y peut être dérogé; tandis que les héritiers capables ne sont pas obligés de procéder en justice; dès qu'ils s'entendent, ils peuvent abandonner les voies judiciaires et procéder de telle manière qu'ils aviseront (art. 985 du C. de proc.). Par application du même principe, il faut décider que, tout en continuant de procéder en justice, les héritiers capables peuvent s'écarter des formes judiciaires pour l'une ou l'autre des opérations du partage. Ainsi, en général, les immeubles sont vendus par voie de licitation judiciaire s'ils ne peuvent se partager commodément. Cependant, dit l'article 827, si les parties sont toutes majeures, c'est-à-dire capables, elles peuvent consentir que la licitation soit faite devant un notaire. De même si l'incapacité vient à cesser pendant le cours de l'instance, les héritiers pourront procéder comme ils voudront.

**300.** Les créanciers peuvent-ils demander que le partage soit fait en justice? Il n'est pas question des créanciers de la succession, puisqu'ils n'ont pas le droit, en cette qualité, de provoquer le partage (n° 255). Les créanciers de l'héritier ont ce droit (n° 254); mais aucune disposition ne les autorise à provoquer un partage judiciaire. Le législateur s'est bien gardé de leur accorder ce droit : c'est aux héritiers à faire le partage comme ils l'entendent (art. 819); et s'ils sont d'accord, il serait absurde qu'un créancier pût les forcer à procéder en justice. Nous dirons plus loin quelles garanties la loi leur donne. S'ils peuvent demander le partage, c'est au nom de l'héritier, leur débiteur; mais ce n'est pas le créancier qui figure au partage, c'est l'héritier; le créancier peut seulement y intervenir pour sauvegarder ses intérêts (1).

2. FORMES DU PARTAGE CONVENTIONNEL.

**301.** Le partage conventionnel se fait par voie de consentement, c'est-à-dire qu'il faut une convention formelle. Du reste la loi laisse une entière latitude aux parties intéressées quant à la forme ou à l'acte (art. 819). Elles peuvent faire le partage sous forme de vente, ou d'échange ou de transaction; elles peuvent dresser un écrit de leurs conventions, soit par-devant notaire, soit sous seing privé, ou faire un partage verbal. La loi ne leur prescrit rien et ne leur défend rien. La loi hypothécaire belge a apporté une dérogation considérable à ce principe, en ordonnant la transcription des actes déclaratifs de propriété immobilière; les actes de partage qui comprennent des immeubles doivent donc être transcrits pour qu'on puisse les opposer aux tiers; et on n'admet à la transcription que les actes authentiques. Nous ne faisons que constater cette innovation; nous y reviendrons.

**302.** Entre les parties aucune forme n'est requise pour la validité du partage, et la preuve se fait d'après le droit

(1) Massé et Vergé sur Zachariæ, t. II, p. 363, note 7. Rejet, 30 janvier 1843 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 2006). Douai, 26 décembre 1853 (Dalloz, 1855, 2, 340). Comparez, plus loin, n° 521.

commun. Ce point est vivement controversé. Un arrêt de la cour de cassation, rendu sur un excellent rapport du conseiller d'Ubexi, mettra fin au débat, il faut l'espérer. Ce n'est pas que la jurisprudence soit pour nous une loi, comme le dit le rapporteur du dernier arrêt. Si la cour de cassation admettait cette fausse maxime, l'erreur où elle peut tomber serait sans remède, elle se perpétuerait et elle finirait par être acceptée comme une vérité. Dans la question que nous allons examiner, la cour a varié, à son honneur. Elle a commencé par décider que l'*acte de partage* qui, aux termes de l'article 816, peut seul être opposé à l'action en partage, à défaut de prescription, est nécessairement un *acte écrit;* qu'en conséquence tout partage, définitif ou provisionnel, n'existe qu'en vertu d'un écrit régulier et valable; que si l'écrit est nul, le partage est radicalement nul comme n'ayant aucune existence (1). C'était décider la question par la question, car la cour ne donne aucun motif à l'appui de son opinion. En règle générale, l'écrit n'est pas exigé comme une condition de validité ou d'existence des conventions; il ne sert que de preuve. La loi fait exception à la règle pour un petit nombre d'actes, la donation, le contrat de mariage et l'hypothèque; on les appelle solennels, parce que la solennité ou la forme est prescrite pour l'existence même du contrat. Est-ce que le partage est un acte solennel? Les contrats solennels étant une exception, il faudrait un texte formel pour que la forme fût de la substance du partage. Ce texte existe-t-il? On cite deux articles. L'article 816 porte que le partage peut être demandé, même quand l'un des cohéritiers aurait joui séparément de partie des biens de la succession, s'il n'y a eu un *acte de partage,* ou possession suffisante pour acquérir la prescription. L'article 819 dit que si les héritiers sont capables, ils peuvent faire le partage dans la forme et par tel *acte* que les parties intéressées jugent convenables. Le mot *acte,* dit la

(1) Cassation, 6 juillet 1836 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage,* n° 2301). Il y a un grand nombre d'arrêts dans le même sens (ils sont cités en note dans Dalloz, 1867, 1, 97). La plupart des auteurs enseignent cette opinion (*ibid.*).

cour de cassation dans son premier arrêt, signifie un écrit. Si cela était vrai, le texte déciderait la question et il ne faudrait pas d'autre raison. Le rapporteur du dernier arrêt répond que le mot *acte* signifie tantôt l'écrit qui constate la convention, tantôt la convention elle-même. Quand la loi (art. 888) admet l'action en rescision contre tout *acte* qui a pour objet de faire cesser l'indivision entre cohéritiers, elle n'entend certes pas l'écrit, elle entend la convention. L'article 1167 autorise les créanciers à attaquer les *actes* faits en fraude de leurs droits; ce ne sont pas les écrits, ce sont les conventions, ou, en termes plus généraux, c'est tout fait juridique. Dans l'article 778, le mot *acte* a la même acception. Il est inutile de multiplier les exemples. Puisque le mot a deux sens, il faut voir dans chaque cas quelle est la signification que la loi y attache. C'est dire que l'esprit de la loi est décisif. Or, nous savons par la tradition, par les discours et les rapports du Tribunat, quel est le sens de l'article 816; il n'a pas pour objet de décider que le partage doit se faire par écrit, il a pour but d'abolir les *partages de fait* qui existaient dans l'ancien droit (n° 262) : comment veut-on que l'article 816 ait décidé une question qui est étrangère à l'objet de cette disposition?

C'est l'article 816 qui est le vrai siége de la matière; et quel est le principe qu'il établit? Celui d'une liberté absolue, illimitée, quant à la *forme*. Et l'on veut que ce même article ait exigé un écrit pour la validité, que dis-je? pour l'existence du partage, parce qu'il ajoute : *par tel acte* que les parties jugent convenable! Une seule et même disposition peut-elle décider le pour et le contre? laisser pleine liberté aux parties pour ce qui concerne la forme, et prescrire ensuite une forme sous peine de nullité? Cela est impossible. Le mot *acte*, dans l'article 819, signifie un fait juridique, une vente, un échange, une transaction. Il est certain que le partage peut se faire par un de ces contrats; ce qui est une nouvelle preuve qu'un écrit n'est pas nécessaire (1) : la vente n'est-elle pas valable indépendamment de tout écrit? et pourquoi en serait-il autrement quand la

(1) C'est la remarque faite par la cour de Liége, arrêt du 21 mai 1859 (*Pasicrisie*, 1860, 2, 132).

vente contient un partage? La loi s'exprime bien autrement lorsqu'elle veut faire de la forme une condition substantielle de l'acte. « Tous actes portant donation entre vifs seront passés par-devant notaires, sous peine de nullité » (art. 931). « Toutes conventions matrimoniales seront rédigées par acte devant notaire » (art. 1394). « L'hypothèque conventionnelle ne peut être consentie que par acte passé en forme authentique » (art. 2127). Quand la loi n'exige pas formellement un écrit comme condition de validité du contrat, la jurisprudence décide que l'écrit ne sert que de preuve. Cela est de toute évidence pour la vente, bien que l'article 1582 dise : « elle peut être faite par acte authentique ou sous seing privé. » On l'a jugé ainsi pour la transaction, malgré les termes de l'article 2044 qui porte : « Ce contrat doit être rédigé par écrit (1). » Cela est décisif (2).

**303.** Si le partage n'est pas un acte solennel, il s'ensuit qu'il reste sous l'empire du droit commun quant à la preuve (3). Il pourra donc se prouver par témoins lorsque l'objet du litige ne dépasse pas cent cinquante francs. Certes, c'est là un cas très-rare; en fait, la preuve testimoniale sera d'une rare application; on n'y recourra que s'il y a un commencement de preuve par écrit, ce qui écarte le danger que les témoignages présentent. Il va sans dire que l'écrit qui sert de commencement de preuve doit émaner de la partie à laquelle on l'oppose, puisque tel est le droit commun ; c'est aussi le droit commun qu'il faut appliquer quant aux conditions requises pour l'admission de la preuve testimoniale (4). Dans les cas où la loi admet la preuve testimoniale, le juge peut décider la contestation par des présomptions graves, précises et concordantes (art. 1353); donc quand il y a un commencement de preuve par écrit, le partage pourra être établi par des présomp-

(1) Arrêt de cassation du 28 novembre 1864 (Dalloz, 1865, 1. 105).
(2) Arrêt du 21 janvier 1867 (Dalloz, 1867. 1, 97) et les arrêts cités en note (*ibid*). Il faut y ajouter Bruxelles. 5 avril 1845 (*Pasicrisie*, 1846, 2. 3 7). Liége, 21 mai 1859 (*Pasicrisie*, 1860, 2. 132). Comparez Demolombe, t XV, p. 508, n° 521 et les auteurs qu'il cite. Zachariæ, t. IV, p. 380, note 6 ; Dalloz, au mot *Succession*, n° 1621.
(3) Bourges, 19 avril 1839 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1624, 3°).
(4) Arrêt de rejet du 27 avril 1836 (Dalloz, au mot *Cassation*, n° 1635).

tions résultant de faits avoués et des circonstances de la cause. La jurisprudence en offre plusieurs exemples ; nous renvoyons aux arrêts, ils ne peuvent guère servir de préjugés, les circonstances variant d'une espèce à l'autre (1).

Dans l'opinion contraire, on n'admet pas ces propositions, ce qui est très-logique. Il a même été jugé que le serment ne pouvait être déféré en cette matière, malgré l'article 1358, aux termes duquel le serment peut être déféré sur quelque espèce de contestation que ce soit (2). Cela serait logique s'il y avait une disposition formelle déclarant que le partage est un acte solennel ; mais dès que l'écrit n'est qu'une question de preuve, l'article 1358 doit recevoir son application. Il y a d'autres décisions qui ne sont rien moins que juridiques, alors même que l'on admettrait que le partage doit être rédigé par écrit. Ainsi il a été jugé qu'il résulte de l'article 816 que, s'il y a eu entre les cohéritiers un précédent partage non constaté par un acte, ce partage n'a été que provisionnel ; et que le partage provisionnel peut être établi par témoins ou par présomptions : autant de propositions, autant d'erreurs (3).

**304**. Quand un écrit est dressé pour constater le partage, on doit appliquer les règles que le code pose sur la preuve littérale. Il a été jugé en ce sens qu'un acte de partage doit être fait en autant d'originaux qu'il y a de copartageants (4). Cette décision nous paraît très-juridique. Le partage est une convention bilatérale ; or, les actes sous seing privé qui contiennent des conventions synallagmatiques ne sont valables, d'après l'article 1325, qu'autant qu'ils ont été faits en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct. Il y a un arrêt contraire de la cour de cassation, arrêt d'espèce plutôt que de doctrine. La cour cite l'article 816, aux termes duquel les héritiers majeurs et présents peuvent faire le partage dans la forme et par tel acte qu'ils jugent convenables ; puis elle

(1) Bordeaux, 20 novembre 1852 (Dalloz, 1853, 2, 83). Lyon, 1er juin 1859 (Dalloz, 1861, 2, 173). Agen, 25 janvier 1859 (Dalloz, 1859, 2, 186).

(2) Toulouse, 30 août 1837 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1622, 6°).

(3) Grenoble, 1er décembre 1859 (Dalloz, 1861, 2, 175).

(4) Rennes, 2 juillet 1821 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1627, 1°).

constate en fait qu'il n'y avait pas seulement une convention verbale de partage, mais qu'il y avait preuve écrite et complète de cette convention (1). Faut-il induire de là, comme le fait l'arrêtiste, qu'entre héritiers majeurs et présents, l'écrit qui constate le partage n'est assujetti à aucune forme? L'arrêt ne dit pas cela, et l'article 816 le dit encore moins; l'objet de cette disposition n'est pas de déterminer les formes que les parties doivent observer dans la rédaction de l'acte; c'est l'article 1325 qui règle cette matière, et cet article, tout à fait général, est applicable au partage comme à toute convention synallagmatique; il faudrait une disposition formelle pour autoriser le juge à y faire exception.

**305.** Il y a un écrit, mais il n'est pas signé par toutes les parties. L'écrit est nul, cela ne fait aucun doute, car un écrit non signé n'est pas un acte. De ce que l'écrit est nul, faut-il conclure que le partage est nul? Ainsi posée, la question doit être décidée négativement; tout ce qui résulte de la nullité de l'écrit, c'est qu'il n'y a pas de preuve littérale du partage; ce qui n'empêche pas les parties de prouver qu'il y a eu partage verbal. Il y a une autre difficulté : on prétend que lorsqu'un acte n'est pas signé par toutes les parties, cela prouve qu'elles n'ont pas traité définitivement, qu'il n'y a eu qu'un projet de convention, lequel n'a pas abouti. Qu'en fait, il en puisse être ainsi, cela est incontestable, mais nous nions qu'il en doive être ainsi dans tous les cas où l'acte n'est pas signé par toutes les parties : ne peut-il pas arriver que le défaut de signature soit dû à la négligence? Une femme mariée comparaît dans un acte de partage, autorisée de son mari; le mari signe, la femme oublie de signer : en conclura-t-on qu'il n'y a qu'un projet de partage (2)? La jurisprudence consacre cependant l'opinion que nous combattons. Un arrêt récent de la cour de Douai a jugé que la présomption est que les parties font dépendre leurs conventions de la per-

(1) Rejet, 20 février 1860 (Dalloz, 1860, 1, 107).
(2) Le cas s'est présenté devant la cour de Rouen. Arrêt du 9 novembre 1861 (Dalloz, 1863, 2, 267).

fection de l'acte; et cette décision a été confirmée par un arrêt de rejet (1). Nous demanderons quel est le texte qui établit cette présomption? et y a-t-il une présomption sans loi? Nous doutons fort que le législateur établisse jamais une présomption pareille : ce serait transformer les conventions non solennelles en contrats solennels. Les parties le peuvent, il est vrai; mais, à notre avis, il faudrait pour cela une clause formelle, parce que c'est une dérogation à un principe général. La perfection des contrats est indépendante de la validité des actes qui les constatent : telle est la règle, et la règle doit être appliquée tant que les parties contractantes n'y ont pas fait exception. Nous reviendrons sur la question au titre des *Obligations*.

**306.** Il y a eu un acte de partage, mais il est adiré. Si les parties avouent l'existence du partage, il ne reste plus qu'à en déterminer les clauses. La preuve testimoniale est admise, dans ce cas, indéfiniment; c'est la disposition de l'article 1348, n° 4, et par suite le tribunal peut avoir recours à des présomptions (art. 1353). Il a été jugé, en ce sens, que les juges peuvent puiser la preuve de l'attribution des lots dans les circonstances de la cause, et notamment dans la possession exclusive de chacun des copartageants : cette possession est l'exécution du partage (2).

### 3. FORMES DU PARTAGE JUDICIAIRE.

**307.** D'après le droit français, les formes du partage judiciaire sont les mêmes dans tous les cas où il y a lieu à ce partage. La loi du 12 juin 1816 a dérogé sous ce rapport au code civil. Quand des mineurs ou des interdits sont intéressés dans un partage, il se fait par le ministère d'un notaire, par-devant le juge de paix du canton où la succession s'est ouverte. Les mineurs non émancipés sont représentés par leurs tuteurs, et s'il y a opposition d'intérêt entre le tuteur et son pupille, par le subrogé tuteur.

(1) Douai, 9 février 1869 et rejet du 9 novembre 1869 (Dalloz, 1870, 1, 215).
(2) Rejet, 20 janvier 1841 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1625, 1°).

Si le mineur est émancipé, il doit être assisté de son curateur; la loi permet au mineur émancipé de se faire représenter par un procureur spécial, mais l'assistance du curateur est de rigueur (art. 9 de la loi).

Aux termes de l'article 838, s'il y a plusieurs mineurs qui aient des intérêts opposés dans le partage, il doit leur être donné à chacun un tuteur spécial nommé par le conseil de famille. Pour qu'il y ait lieu à leur donner un tuteur spécial, il faut que les intérêts des mineurs soient opposés; il ne suffit pas qu'ils figurent au partage. Cela est si évident qu'il ne vaudrait pas la peine de le dire s'il n'était intervenu un arrêt de la cour de cassation sur la question (1), comme pour prouver qu'il n'y a pas de chose certaine sur laquelle on ne plaide, alors même qu'il y aurait un texte de loi.

**308.** Le partage de mineurs reste un partage judiciaire, puisqu'il se fait devant un magistrat; mais la loi de 1816 abroge les longues et coûteuses formalités prescrites par le code civil et le code de procédure. C'est le juge de paix qui préside aux opérations; il a été jugé que le notaire ainsi que tous ceux qui assistent au partage sont soumis à son autorité (2); il représente la justice. La loi le charge spécialement de veiller à ce que les lots soient dûment formés, et, en général, à ce que les intérêts des mineurs soient sauvegardés. Lorsque les héritiers majeurs et les tuteurs des mineurs ne s'accordent pas sur la formation des lots, ou quand les divers tuteurs ne s'entendent pas entre eux, ou si le juge de paix le trouve convenable pour les intérêts des mineurs, il désigne un ou plusieurs experts chargés de la formation des lots; ils prêtent serment avant de commencer leurs opérations. La répartition des lots peut se faire soit par la voie du sort, soit par voie d'attribution. C'est une innovation importante au code civil qui prescrit le tirage au sort d'une manière absolue, comme garantie d'égalité. Mais l'égalité du hasard est une fausse égalité; il importe avant tout de tenir compte des intérêts

(1) Arrêt de rejet du 8 novembre 1814 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1595).
(2) Gand, 9 décembre 1853 (*Pasicrisie*, 1854, 2, 20).

et des convenances de chacune des parties contractantes.

**309.** D'après la législation française, les formalités prescrites pour le partage des successions échues aux mineurs sont longues et coûteuses ; par suite les parties intéressees cherchent à éluder la loi pour échapper aux frais. Un des moyens les plus usuels est que le tuteur se porte fort pour le mineur, que celui-ci, devenu majeur, approuvera le partage. Quel est l'effet d'un partage pareil? La loi le déclare provisionnel (art. 840); et la déclaration du tuteur n'en peut changer la nature. Le mineur pourra donc demander un partage définitif. Que faut-il décider s'il devient héritier du tuteur? Il a été jugé que le partage ne laissait pas d'être provisionnel, sauf au mineur à répondre, comme héritier du tuteur et dans la limite de son droit héréditaire, des dommages-intérêts résultant de l'éviction que le nouveau partage occasionne (1).

**309** *bis*. La loi de 1816 ne parle que des mineurs et des interdits. Une décision du roi des Pays-Bas du 4 septembre 1816 a étendu le bénéfice de la loi du 12 juin aux absents. Dans cette expression générale d'absents, il faut sans doute comprendre les non-présents : il y a identité de motifs. Il ne reste donc qu'un seul cas dans lequel les formes du partage judiciaire doivent être observées, telles qu'elles sont tracées par le code civil et le code de procédure, c'est le partage entre majeurs qui ne s'entendent pas. Il y a procès, et tout procès doit être porté devant les tribunaux. La matière appartient à la procédure plutôt qu'au droit civil, bien que le code s'en occupe. Nous passerons rapidement sur ces formes comme le font tous les interprètes.

## N° 2. DU PARTAGE JUDICIAIRE.

### I. *Règles générales.*

**310.** Les règles que le code civil et le code de procédure prescrivent pour le partage judiciaire sont-elles obligatoires pour le juge? C'est à peine si la question peut être

(1) Bourges, 23 novembre 1818 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1601).

posée. Tout ce qui concerne la procédure est d'ordre public, puisque la procédure trace les règles d'après lesquelles le pouvoir judiciaire remplit sa mission. Donc il va sans dire que les tribunaux n'y peuvent pas déroger. Si l'on permet aux héritiers majeurs de s'écarter des formes légales, c'est par une raison bien simple : du moment qu'ils s'entendent, il n'y a plus de procès, et par conséquent plus de procédure. Mais tant que le procès continue, le juge ne peut, sous quelque prétexte que ce soit, s'écarter de la loi : ce sont les termes d'un arrêt de la cour de Liége. Dans l'espèce, il s'agissait de décider si deux successions échues à divers intéressés doivent être l'objet de partages distincts et séparés. Lorsque les héritiers s'entendent, ils peuvent faire ce qu'ils veulent, sauf aux créanciers à former opposition. Mais aucun texte ne donne ce pouvoir aux tribunaux ; et le silence de la loi est décisif en cette matière, puisque le juge n'a d'autres droits que ceux que la loi lui accorde (1).

**311.** Quand les héritiers ne s'entendent pas sur le partage et qu'un procès s'engage, il faut pourvoir à l'administration de l'hérédité. Quoique plaidant sur le partage, rien n'empêche les héritiers de régler eux-mêmes l'administration provisoire des biens. S'ils ne parviennent pas à se mettre d'accord, cette contestation-là, comme toutes les autres, est portée devant le tribunal. Dans la pratique française, c'est d'ordinaire le juge des référés qui nomme l'administrateur de l'hérédité. Il a été décidé que le juge pouvait donner à l'administrateur, d'abord, le pouvoir de faire tous actes conservatoires, ce qui va sans dire ; de plus, les actes d'administration définitive : ainsi, de recevoir et de débattre tous comptes, de poursuivre les débiteurs, de distribuer les deniers. Il nous semble que c'est dépasser la limite des attributions qui sont confiées au juge des référés. Quel est le principe de sa compétence ? C'est l'urgence qui nécessite des mesures immédiates, et par cela même provisoires, le droit des parties intéressées étant

(1) Liége, 23 mars 1861 (*Pasicrisie*, 1862, 2, 97) et 11 janvier 1862 (*Pasicrisie*, 1864, 2, 259).

réservé quant au fond. Cela exclut tout acte définitif (1). Nous n'insistons pas, parce que la question appartient à la procédure. On a remarqué que depuis quelque temps la jurisprudence donne à la juridiction des référés une extension considérable : cela tient aux longueurs et aux frais qu'entraîne la juridiction régulière des tribunaux. Il faut apporter un remède direct au mal, au lieu d'exagérer la compétence d'un juge exceptionnel qui n'offre pas aux parties intéressées les garanties de la justice régulière.

**312.** L'article 822 porte : « L'action en partage et les contestations qui s'élèvent dans le cours des opérations sont soumises au tribunal du lieu de l'ouverture de la succession. » Nous avons déjà exposé les principes qui régissent la compétence en matière de succession (2). L'article 823 ajoute que, « s'il y a des contestations, soit sur le mode de procéder au partage, soit sur la manière de le terminer, le tribunal prononce comme en matière sommaire. » On appelle affaires sommaires celles qui ont peu d'importance pecuniaire, ou qui requièrent célérité; elles sont instruites plus simplement et jugées à l'audience, sur un simple acte, sans procédures ni formalités (C. de pr., art. 404 et 405). Les contestations qui ne présentent que des difficultés de procédure sont sommaires de leur nature : telles sont, en général, les difficultés qui surgissent à l'occasion du partage, soit sur le mode d'y procéder, soit sur la manière de le terminer. Est-ce à dire que toutes les contestations entre héritiers soient sommaires? Non, certes. Si l'un des héritiers refuse de procéder au partage, parce qu'il ne reconnaît pas la qualité de successible au demandeur, il ne s'agit plus de formes de procéder; dès lors on rentre dans le droit commun. Il en serait de même si un héritier, sans contester la qualité de successible, par exemple, à un enfant naturel, contestait la part qui lui est due. Ou, il invoque la prescription contre l'action en partage. Ces graves difficultés sont étrangères à la procédure, et doivent par conséquent être jugées dans les formes or-

(1) Douai, 3 décembre 1867 (Dalloz, 1867, 2, 241 et la note de l'arrêtiste). Voyez, plus haut, nos 225 et 226.
(2) Voyez le tome VIII de mes *Principes*, p. 621, nos 524-529.

dinaires : les formes occasionnent des lenteurs et des frais, mais elles sont aussi, elles doivent du moins être la garantie d'une bonne justice (1).

### II. *Formalités préliminaires.*

**313.** « Si tous les héritiers ne sont pas présents, s'il y a parmi eux des mineurs ou des interdits, le scellé doit être apposé dans le plus bref délai, soit à la requête des héritiers, soit à la diligence du procureur du roi près le tribunal de première instance, soit d'office par le juge de paix dans l'arrondissement duquel la succession est ouverte. Si tous les héritiers sont présents et majeurs, l'apposition de scellés sur les effets de la succession n'est pas nécessaire » (art. 819). L'apposition de scellés est une mesure urgente et de la plus haute importance, aujourd'hui surtout que les valeurs mobilières sont si considérables. Nous ne saurions donc approuver le changement que le code de procédure a apporté au code civil, en statuant que l'apposition de scellés n'est plus requise quand le mineur ou l'interdit ont un tuteur (art. 911); la négligence du tuteur pourra compromettre la fortune de son pupille. Il eût été plus logique de modifier le code civil en un autre sens, en prescrivant l'apposition des scellés comme règle absolue, même pour le cas où les héritiers seraient sur les lieux; leur présence n'empêchera pas ceux qui sont en possession de détourner les effets mobiliers qui composent souvent la plus grande partie de l'actif héréditaire.

**314.** Aux termes de l'article 823, le tribunal commet, s'il y a lieu, pour les opérations du partage, un des juges sur le rapport duquel il décide les contestations. La nomination du juge-commissaire se fait par le même jugement qui prononce sur la demande en partage (C. de pr., art. 969). Elle est facultative. Si le tribunal ne trouve pas nécessaire de commettre un juge pour les opérations du partage, il statue immédiatement sur toutes les contestations qui

(1) Chabot, t. II, p. 2.2, n° 1 de l'article 823. Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, p. 445, n° 661. Demolombe, t. XV, p. 625, n° 637. Paris, 3 août 1851 (Dalloz, 1851, 5, 405) et 23 février 1849 (Dalloz, 1849, 2, 231).

peuvent s'élever, soit sur le mode de procéder au partage, soit sur la manière de le terminer. Mais si le tribunal prévoit qu'il pourra s'élever de nouvelles qui difficultés pendant le cours de la procédure, il nomme un de ses membres pour présider aux opérations du partage. La mission du juge commis consiste à diriger les opérations sur lesquelles les héritiers sont d'accord, à entendre les observations des parties sur les difficultés qui les divisent et à essayer de les concilier. S'il n'y parvient pas, il n'a pas le droit de décider les différends, il doit se borner à faire son rapport au tribunal (1). Comme l'a dit le Tribunat dans ses observations, le juge-commissaire est un conciliateur s'il peut concilier, et un rapporteur s'il faut juger. C'est en ce sens que le tribun Siméon a exposé l'esprit de la loi : « Le juge sera souvent un médiateur, et, en tout cas, mettra le tribunal à la portée de prononcer promptement et équitablement (2).

**315.** En France, une loi du 2 juin 1841 a statué que le tribunal, par le même jugement, nomme le notaire devant lequel les parties sont renvoyées. D'après le code civil, c'est le juge commis qui, après l'estimation et la vente des meubles et des immeubles, renvoie, s'il y a lieu, les parties devant un notaire (art. 828 et C. de pr., art 976). La cour de Bruxelles a décidé que le tribunal ne peut pas, en prononçant sur une demande en partage, renvoyer d'emblée les parties devant un notaire. C'est l'application du principe qui gouverne cette matière; la procédure en partage est réglée par deux codes; il n'appartient pas au juge d'en modifier les formalités (3). Au fond, le tribunal qui avait nommé un notaire dès le commencement de la procédure avait bien jugé, en ce sens que cette nomination peut abréger les formalités judiciaires; la loi française a donné au tribunal le pouvoir que le code lui refuse implicitement; mais le juge ne peut déroger à la loi, fût-ce dans l'intérêt des parties, sauf à celles-ci à s'accorder entre elles.

(1) Chabot, t. II, p. 263, nos 2 et 3 de l'article 823.

(2) Observations du Tribunat, no 21 (Locré, t. V, p. 85); Discours de Siméon, no 110 (Locré, t. V, p. 140).

(3) Bruxelles, 4 décembre 1816 (*Pasicrisie*, 1816, p. 248).

III. *Estimation des biens.*

**316.** « L'estimation des meubles, s'il n'y a pas eu de prisée dans un inventaire régulier, doit être faite par gens à ce connaissant, à juste prix et sans crue. » D'après le code de procédure (art. 943, 3°), l'inventaire doit contenir la description et l'estimation des effets, laquelle sera faite à juste valeur et sans crue. Il est possible qu'il n'y ait pas d'inventaire; dans ce cas, ce sont des *gens à ce connaissant* qui feront la prisée. On entend par là des officiers ministériels, commissaires-priseurs ou autres, qui ont le droit de procéder aux ventes mobilières. L'expression *sans crue,* qui se trouve dans les deux codes, se rapporte à un usage établi sous l'ancienne jurisprudence. Comme l'estimation des meubles était réputée inférieure à leur valeur réelle, on en concluait que les tuteurs, et tous ceux qui étaient obligés de restituer la valeur des meubles qu'ils ne représentaient pas en nature, devaient payer, en sus de l'estimation, une *crue,* c'est-à-dire un supplément, qui, à Paris, s'élevait au quart de l'estimation. Ce singulier usage venait, dit-on, de ce que l'édit de 1566 avait rendu les jurés-priseurs responsables du montant de leurs appréciations; par suite ils n'osaient estimer les meubles à leur véritable valeur. Cette responsabilité n'existant plus, la crue n'a plus de raison d'être; les officiers chargés de faire la prisée doivent donc estimer les meubles à leur véritable valeur, et ceux qui sont tenus de les restituer ne sont plus tenus de rien payer en sus de l'estimation (1).

**317.** « L'estimation des immeubles est faite par experts » (art. 824). D'après le code de procédure (art. 971 et 955), le tribunal nomme un ou trois experts, suivant que l'importance des biens l'exige. Si les parties majeures et capables y consentent, il ne sera nommé qu'un seul expert. Le code civil ne fait intervenir le tribunal que lorsque les parties intéressées refusent de nommer les experts

(1) Merlin, *Répertoire,* au mot *Crue.* Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, p. 457, n^os 664 et 665.

(art. 824). C'est la règle générale consacrée par le code de procédure (art. 304 et 306). L'article 466 semblait exiger la nomination par le tribunal; il y a été dérogé par l'article 824 et par le code de procédure civile.

L'article 824 ajoute que le procès-verbal des experts doit présenter les bases de l'estimation. Cela veut dire que les experts ne doivent pas se borner à dire qu'ils estiment tel immeuble à telle somme, ils doivent faire connaître les bases sur lesquelles ils appuient leur estimation; par exemple, s'ils ont eu égard au prix des baux existants, à l'état des biens, à leur nature, à leur situation, à leurs produits. Le but de la loi est d'éclairer les parties et le juge; si les bases sont fausses, le tribunal peut, même d'office, ordonner une nouvelle expertise (art. 322, C. de pr.). Faut-il que chaque pièce de terre soit estimée séparément? Cela est assez logique, et nécessaire même pour la formation des lots. L'intention du législateur paraît cependant avoir été de ne pas exiger une estimation détaillée; un article qui l'ordonnait fut rejeté par le conseil Etat. Treilhard remarque que l'estimation ne doit pas d'être faite en masse, parce qu'elle serait nécessairement inexacte. Chabot en conclut qu'il faut prendre un juste milieu en estimant séparément chaque objet distinct et indépendant des autres, chaque corps de domaine (1). Nous préférerions une estimation détaillée de tout objet pouvant être mis dans un lot.

D'après l'article 466, les experts doivent aussi procéder à la formation des lots. L'article 824 les charge seulement de préparer cette opération, en indiquant si l'objet estimé peut être commodément partagé, et de quelle manière, en fixant, en cas de division, chacune des parts qu'on peut en former et leur valeur. Cette antinomie entre les deux articles a été expliquée par le code de procédure (art. 975). Il en résulte que l'article 466 doit être observé dans le cas où la demande en partage n'a pour objet que la division d'un ou plusieurs immeubles sur lesquels les droits des parties sont déjà liquidés; dans tous les autres cas, c'est

(1) Chabot, t. II, p. 268, n$^{os}$ 5 et 6 de l'article 824.

l'article 824 qui reçoit son application (1), c'est-à-dire qu'il est procédé à la formation des lots devant le notaire. Il a été jugé, et avec raison, que le tribunal ne pouvait pas donner aux experts le pouvoir de composer les lots; c'est l'application du principe que le juge ne peut rien changer aux règles que la loi a établies en matière de procédure (2).

**318**. L'expertise des immeubles est-elle toujours nécessaire? Il va sans dire que les héritiers, s'ils sont majeurs et capables, peuvent renoncer à l'expertise; ils peuvent toujours, et en tout état de cause, procéder comme ils l'entendent, dès qu'ils sont d'accord (n° 310). L'expertise peut être inutile; c'est une opération nécessaire pour la formation des lots; elle devient frustratoire si la vente forcée des biens est imminente. Il a été jugé que les héritiers avaient renoncé à l'expertise et au partage en nature, par cela seul qu'ils avaient adhéré au début de l'instance à la désignation d'un notaire pour les opérations du partage et de la liquidation (3). Dans l'espèce, les héritiers étant dans l'impossibilité de payer les dettes qui grevaient les biens, l'expropriation devenait nécessaire : à quoi bon alors expertiser et former des lots?

Autre est la question de savoir si le tribunal peut décider que l'expertise est inutile alors que l'une des parties la demande. La cour de Bruxelles a jugé en ce sens. Il était constant, dans l'espèce, que les immeubles ne pouvaient être commodément partagés par lots; or, l'expertise préalable n'a d'autre objet que de constater si les immeubles sont ou non partageables en nature. Peut-on admettre que la loi ait voulu que l'on fît les frais frustratoires d'une expertise des biens, alors qu'il est évident que les biens ne peuvent pas être partagés (4)? C'est la critique de la loi, nous la recommandons au législateur; mais appartient-il au juge de la faire? peut-il dispenser d'une formalité, en matière de procédure, quand l'une des parties en exige l'accomplissement? Nous ne le croyons pas (n° 310).

(1) Demolombe, t. XV, p. 633, n° 643.
(2) Nîmes, 4 février 1806 et Montpellier, 5 août 1811 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1704, 1° et 2°).
(3) Bruxelles, 26 février 1868 (*Pasicrisie*, 1868, 2, 151).
(4) Bruxelles, 27 février 1866 (*Pasicrisie*, 1866, 2, 359).

### IV. *Vente des biens.*

**319.** « Chacun des héritiers, dit l'article 826, peut demander sa part en nature des meubles et immeubles de la succession. » C'est un principe fondamental (n° 289). Le partage ne fait que déclarer quels sont les biens du défunt dont chaque héritier est censé avoir toujours été propriétaire. Si donc un héritier succède pour un quart, il a droit au quart des meubles et au quart des immeubles (1). De là suit que les biens ne doivent être vendus que par exception : la règle est le partage en nature.

**320.** Quand la vente des meubles doit-elle être faite? D'abord, dit l'article 826, s'il y a des créanciers saisissants ou opposants. Les créanciers peuvent saisir les biens de leurs débiteurs, et en cas de saisie la vente est forcée. C'est un droit pour les créanciers; dès lors les héritiers ne peuvent pas s'y opposer. Les auteurs disent que, dans cette première hypothèsse, chaque héritier peut demander que les meubles soient vendus, afin d'employer le prix qui en proviendra à désintéresser les créanciers (2). La loi ne dit pas cela, elle dit que s'il y a des créanciers saisissants, les meubles sont vendus publiquement en la forme ordinaire. Puisque la vente forcée est la conséquence nécessaire de la saisie, le consentement des héritiers est parfaitement inutile, ils ne peuvent ni l'autoriser ni l'empêcher.

La vente des meubles doit encore avoir lieu lorsque la majorité des héritiers la juge nécessaire pour l'acquit des dettes et charges de la succession. Quand il y a des dettes, et que les deniers ne suffisent pas pour les payer, la saisie est imminente ; en supposant que les héritiers ne soient pas solvables, les créanciers demanderont la séparation des patrimoines et poursuivront la vente forcée des biens. Il importe aux héritiers de prévenir ces frais par une vente volontaire. S'ils ne sont pas d'accord, la majorité déci-

(1) Chabot, t. II, p. 271, n° 1 de l'article 826. Demolombe, t. XV, p. 636, n° 648.
(2) Demante, t. II, p. 240, n° 159 *bis*. Mourlon, *Répétitions*, t. II, p. 141.

dera. On demande ce qu'il faut entendre par majorité? Il a été jugé qu'il faut calculer la majorité d'après la quotité des parts que les héritiers sont appelés à recueillir (1). La décision n'est pas motivée ; d'après la note de l'arrêtiste, il paraît que c'est l'autorité du droit romain qui a entraîné la cour de Gand. Il nous semble que le droit romain n'a rien à faire dans ce débat. Que signifie le mot majorité? La moitié des voix plus une. Tel est le sens ordinaire dans les lois aussi bien que dans l'usage. Il y a des cas où, par exception, la loi se contente d'une majorité relative, et des cas dans lesquels la majorité se calcule, non d'après le nombre des votants, mais d'après les intérêts qu'ils représentent. Ainsi le code de commerce exige, pour la validité d'un concordat entre le failli et les créanciers, d'abord la majorité numérique, puis il faut que cette majorité représente les trois quarts de la totalité des sommes dues. Faut-il appliquer cette disposition par analogie au cas prévu par l'article 826? La négative nous paraît si évidente, que nous ne comprenons pas que la question soit controversée. Les créanciers qui consentent au concordat renoncent à une partie de leurs créances ; il est donc bien naturel que les petites créances ne fassent pas la loi aux créanciers les plus forts. Tandis que l'article 826 est fondé sur un tout autre principe ; chaque héritier a droit à sa part en nature, quelque minime que soit la quotité de son droit héréditaire ; donc tous les héritiers doivent être mis sur la même ligne. Si la loi donne à la majorité le pouvoir de lier la minorité, c'est parce qu'il y a un intérêt commun aux créanciers, celui d'empêcher que les frais d'expropriation n'absorbent une partie de l'actif héréditaire.

La minorité étant liée par la majorité, les héritiers opposants auraient intérêt à empêcher la vente en payant leur part dans les dettes ; en ont-ils le droit? La négative nous paraît certaine. Il est impossible de déterminer la part de l'un des héritiers dans les meubles avant que les

(1) Gand, 18 février 1835 (*Pasicrisie*, 1835, 2, 62). Les auteurs sont divisés (voyez Demolombe, t. XV, p. 637, n° 650, et Mourlon, *Répétitions*, t. II, p. 141).

opérations du partage soient terminées; or, ce n'est que sa part dans les meubles que l'héritier pourrait réclamer (1). Les héritiers opposants n'ont qu'un seul moyen d'empêcher la vente, c'est de payer toutes les dettes mobilières; ils seront alors subrogés au droit des créanciers. Ce dernier point est cependant douteux; la subrogation légale est de stricte interprétation, et la loi n'accorde la subrogation qu'à l'héritier bénéficiaire (art. 1251, n° 4); mais les héritiers pourront stipuler la subrogation. En tout cas, dès qu'ils désintéressent les créanciers, la vente n'a plus de raison d'être (2).

Les formes de la vente sont réglées par le code de procédure (art. 945 et suiv.). L'article 952 dit que si toutes les parties sont majeures, présentes et d'accord, elles pourront vendre à l'amiable. La loi fait une restriction : « et qu'il n'y ait aucun tiers intéressé. » S'il y a des créanciers saisissants ou opposants, ils peuvent exiger que la vente se fasse avec toutes les formalités prescrites par les lois sur la procédure; il est de leur intérêt que ces formes soient observées, soit pour prévenir la fraude, soit pour faire élever le prix des meubles par des enchères (3).

**321.** « Si les immeubles ne peuvent pas se partager commodément, il doit être procédé à la vente par licitation » (art. 827). La loi ne reproduit pas pour les immeubles les exceptions qu'elle fait pour les meubles. Comme la vente ne peut avoir lieu que dans les cas déterminés par la loi, il en faut conclure que les immeubles ne peuvent être vendus, quand même la majorité des héritiers le demanderait pour le payement des dettes. Il est assez difficile de donner une raison juridique de cette différence entre les meubles et les immeubles; elle tient sans doute à l'esprit traditionnel du droit français qui attache une plus grande importance aux immeubles qu'aux meubles. Mais lorsque les immeubles sont saisis, les héritiers ne peuvent pas s'opposer à la vente; si la loi ne le dit pas

(1) Demolombe, t. XV, p. 641, n° 653. Demante, t. III, p. 240, n° 159 *bis*.
(2) Gand, 18 février 1835 (*Pasicrisie*, 1835, 2, 62).
(3) Chabot, t. II, p. 272, n° 4 de l'article 826.

comme elle le fait pour les meubles, c'est qu'elle n'avait pas besoin de le dire : cela est de droit (1).

Outre le cas d'expropriation, il y en a un autre dans lequel la vente doit avoir lieu, c'est quand les immeubles ne peuvent pas se partager commodément. L'intérêt des héritiers demande alors que les immeubles soient vendus, car s'ils étaient partagés malgré l'incommodité, il en résulterait une dépréciation, puisque la jouissance en serait onéreuse ou difficile, et la perte retomberait sur les copartageants. Quand peut-on dire que les immeubles ne sont pas commodément partageables? C'est une question de fait, dans la décision de laquelle le tribunal jouit nécessairement d'une certaine latitude (2); il doit concilier le droit qu'ont les héritiers à avoir leur part en nature, avec l'intérêt qu'ils ont tous à ce que les biens ne soient pas dépréciés par leur division (3). Nous donnerons quelques applications empruntées à la jurisprudence.

Une succession échoit à trois cohéritiers, à l'un pour moitié, à chacun des deux autres pour un quart. Il s'agit de partager un immeuble entre eux; on ne peut le diviser qu'en deux lots : l'héritier qui a droit à la moitié voudrait le partage en nature, les deux autres s'y opposent, parce que si on leur donne la moitié, ils ne pourront avoir leur part en nature, cette moitié n'étant pas divisible. La cour de cassation a jugé que l'immeuble étant impartageable, il devait être licité; et la disposition de la loi étant obligatoire pour le juge, elle cassa l'arrêt qui avait décidé le contraire (4). Faut-il appliquer le même principe au cas où la succession se partage par lignes? On suppose que l'immeuble se partage commodément en deux parts, mais que chaque moitié dévolue aux deux lignes étant impartageable, il y aura lieu à licitation dans celle des lignes où il se trouve plus d'un héritier. Il a été jugé que l'immeuble

(1) Comparez Demante, t. III, p. 141, n° 160.

(2) Voyez un exemple dans un arrêt de Bruxelles du 17 juillet 1862 (*Pasicrisie*, 1862. 2, 350).

(3) Colmar, 23 août 1831, et sur pourvoi, rejet du 21 août 1832 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1723).

(4) Cassation du 10 mai 1826 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1733, 1°).

devait être licité pour le tout (1). En effet, les deux lignes ne forment pas deux successions à part, il n'y a qu'une seule et même hérédité ; donc tous ceux qui sont y appelés sont cohéritiers ; par suite il faut leur appliquer les principes établis par la loi : chacun a droit à sa part de biens en nature, et si tous ne peuvent pas l'avoir, le bien doit être licité. La question est controversée (2).

La cour de Bruxelles a jugé qu'un immeuble ne laisse pas d'être partageable, bien qu'il soit grevé d'usufruit ; il y a, au contraire, un motif de plus de le partager, parce que la nue propriété se vend difficilement et avec perte. Dans la même espèce, il s'agissait de savoir si un immeuble grevé d'une rente devait être considéré comme impartageable : la cour a décidé la question affirmativement, à raison des inconvénients qui résulteraient des actions récursoires, si l'un des copartageants n'acquittait pas sa part dans les arrérages (3). Cette décision n'est pas conforme au texte ni à l'esprit de la loi. Il n'est pas question d'actions récursoires dans l'article 867, ni des inconvénients qui en résultent ; la seule chose que le tribunal ait à examiner est si l'immeuble est ou s'il n'est pas commodément partageable.

**322.** Le code de procédure explique l'article 827 et modifie ce qu'il a de trop absolu. Il se peut que chaque immeuble soit déclaré impartageable et que néanmoins il n'y ait pas lieu à la licitation : cela arrive, dit l'article 974, si la totalité des immeubles peut se partager commodément, c'est-à-dire si l'on peut mettre des immeubles d'une valeur à peu près égale dans chaque lot. La loi n'exige pas une égalité absolue, ce serait vouloir souvent l'impossible ; l'inégalité peut se compenser par une soulte ou un retour de lot ; de cette manière on évitera la licitation. C'est encore une question de fait abandonnée à la prudence des magistrats ; il ne faut pas qu'ils ordonnent des soultes trop considérables ; ce serait violer la règle fondamentale de l'article 826, qui assure à chacun une part en nature,

(1) Bordeaux, 30 juillet 1838 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1734).
(2) Voyez les autorités dans Dalloz, au mot *Succession*, n° 1735.
(3) Bruxelles, 20 août 1825 (*Pasicrisie*, 1825, p. 490).

et la règle tout aussi essentielle qui prescrit la licitation dès que les immeubles ne sont pas commodément partageables(1). Les tribunaux emploient parfois un autre moyen pour prévenir la vente des immeubles, c'est d'établir une servitude sur l'un des biens au profit de l'autre. Nous avons examiné ailleurs la question de savoir en quel sens cela peut se faire (2).

L'article 974 prouve que, dans l'esprit de la loi, le partage en nature est la règle et la licitation l'exception. Il résulte de là que si l'un des immeubles seulement est impartageable, le partage en nature doit être opéré pour les autres. La cour de Caen l'a jugé ainsi, et cela ne fait aucun doute (3).

**323.** La licitation peut se faire en justice ou devant notaire. Si l'un des copartageants est incapable, les étrangers doivent être admis à la vente; la publicité de la vente est toujours requise quand il s'agit de garantir les intérêts des incapables (art. 839, 1687 et code de pr., art. 970). Pour les formes de la licitation judiciaire, il ne faut pas perdre de vue que la loi du 12 juin 1816 a dérogé au code civil en ce qui concerne la vente des biens appartenant aux mineurs. Nous abandonnons cette matière à la procédure.

### V. *Formation de la masse partageable.*

**324.** On pourrait croire que lorsque les biens sont estimés et vendus, s'il y a lieu, tout est terminé : la masse est composée, soit des meubles ou immeubles en nature, dont la valeur est connue, soit du prix provenant de leur vente; il n'y a plus qu'à former les lots et à les attribuer à chacun des héritiers. Il en est ainsi quand il s'agit seulement de partager un ou plusieurs immeubles sur lesquels les droits des parties sont liquides; dans ce cas, les experts

(1) Lyon, 30 nivôse an XII et 17 janvier 1831 (Dalloz, au mot *Succession*, nos 1726 et 1727).
(2) Voyez le tome VIII de mes *Principes*, p. 173, no 144. Comparez Dalloz, au mot *Succession*, no 1725.
(3) Caen, 24 août 1868 (Dalloz, 1871, 2, 168).

composent les lots, puis on les tire au sort (C. de pr., art. 975). Mais d'ordinaire les droits des parties ne sont pas liquides; ils ont à faire des prestations dont le résultat est d'augmenter ou de réduire la masse partageable. Ces prestations ont pour cause les indemnités que doivent ceux qui ont administré les biens, ou celles qui leur sont dues, les rapports auxquels sont assujettis les donataires, les dettes et créances que les héritiers peuvent avoir à l'égard du défunt. Le juge commis renvoie à cet effet les parties devant un notaire choisi par elles ou nommé d'office. On procède, devant le notaire, aux comptes que les copartageants se doivent; le compte fait, chacun des copartageants rapporte les dons qu'il a reçus, ou les sommes dont il est débiteur (art. 828, 829 et C. de pr., art. 976). C'est devant le notaire que ces opérations doivent se faire, et non devant le juge; par la nature de leurs fonctions, les notaires sont plus aptes à présider aux comptes et liquidations que les magistrats, cette matière appartenant à la juridiction volontaire plutôt qu'à la juridiction contentieuse. Aussi a-t-il été jugé que le renvoi devant un notaire est obligatoire; le tribunal ne peut pas retenir les opérations matérielles du partage (1).

**325.** Le notaire commis procède seul et sans l'assistance d'un second notaire ou de témoins; il n'est pas appelé à rédiger un acte d'après les déclarations des parties; le partage est judiciaire et le notaire est le délégué de la justice; il entend les parties, mais elles ne doivent pas être présentes à son travail, comme leur présence est nécessaire à la rédaction des actes (C. de pr., art. 976-978). Il a été jugé que la liquidation peut être faite par le notaire seul, sans le concours des parties; celles-ci se bornent à produire les pièces et documents nécessaires pour établir la liquidation, sauf à critiquer ensuite l'acte de liquidation sur le procès-verbal ouvert à cet effet devant le notaire (2). Le notaire, bien qu'il soit un délégué de la justice, n'est pas un juge, ce n'est donc pas à lui à décider les difficul-

(1) Rejet, 19 juillet 1838 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1742. Comparez les auteurs qui y sont cités).
(2) Amiens, 21 décembre 1830 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1753).

tés qu'on élève devant lui; il doit se borner, aux termes de l'article 837, à dresser procès-verbal des dires respectifs des copartageants, puis il les renvoie devant le juge-commissaire. Le juge lui-même n'a pas le droit de décider, il fait son rapport au tribunal, qui seul a le pouvoir de statuer sur les contestations. Il a été jugé que les héritiers ne peuvent pas se pourvoir directement devant le tribunal (1); en effet, le juge commissaire est un médiateur, il doit d'abord essayer de concilier les parties, puis faire son rapport, sur lequel le tribunal décide.

Il se présente une difficulté dans l'application de ces principes. On demande si le tribunal peut, avant de commettre un notaire, statuer sur les difficultés qui lui sont soumises par les copartageants, et fixer ainsi les bases des opérations auxquelles il doit être procédé devant le notaire. L'affirmative a été jugée, et elle ne nous paraît pas douteuse. Il n'y a aucun texte qui s'oppose à ce que le tribunal décide ces contestations; il importe, au contraire, aux héritiers que les opérations du notaire ne soient pas compliquées et entravées à chaque instant par des difficultes qu'il n'a pas qualité pour décider (2). Il est certain encore que si le partage est consommé et qu'une action en nullité est intentée par l'un des copartageants, le tribunal doit décider sans renvoyer les parties devant un notaire (3); c'est seulement après l'annulation du partage qu'il y aura lieu de renvoyer les parties devant un notaire, pour le nouveau partage auquel il faudra procéder. La question devient douteuse lorsque, après le renvoi devant notaire, les copartageants saisissent directement le tribunal d'une contestation qui rentre dans les opérations du partage confiées au notaire. Il a été jugé par la cour de cassation que les tribunaux peuvent toujours, avant comme après le rapport du notaire, prononcer sur les difficultés qui leur sont soumises par les parties, à mesure qu'elles se présentent (4). On a critiqué cette décision, et avec rai-

(1) Bruxelles, 6 octobre 1821 (*Pasicrisie*, 1821, p. 461).
(2) Bruxelles, 1er mars 1858 (*Pasicrisie*, 1858, 2, 170).
(3) Rejet, de la chambre civile, 23 août 1869 (Dalloz, 1869, 1, 469).
(4) Rejet, 25 juillet 1838 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1746).

son, nous semble-t-il (1); elle est contraire au texte formel de l'article 837, ainsi qu'à l'esprit de la loi. Le code veut que le notaire renvoie les parties devant le commissaire, c'est un essai de conciliation, comme le dit le Tribunat (n° 314), et la conciliation est d'ordre public.

**326.** « Chaque héritier fait rapport à la masse, suivant les règles qui seront ci-après établies, des dons qui lui ont été faits et des sommes dont il est débiteur » (art. 829). Le code a une section à part sur le rapport des libéralités que le défunt a faites à l'un de ses héritiers; pour le moment il suffit de rappeler que ce rapport se fait en nature ou en moins prenant; dans le dernier cas, les héritiers prélèvent chacun sur la masse de la succession une portion de biens égale à celle que le donataire ne rapporte pas, et pour que cette portion soit bien égale, la loi veut que le prélèvement s'en fasse en objets de même nature, qualité et bonté que les objets non rapportés en nature. Les héritiers prélèvent donc des immeubles, lorsque c'est un immeuble qui n'est pas rapporté en nature; et des meubles, lorsque les meubles ne sont pas rapportés en nature, ce qui est la règle (art. 829 et 830). Le code ajoute : *autant que possible*. S'il ne se trouve pas dans la succession d'objets de même nature, qualité et bonté, il faut bien que le prélèvement se fasse en d'autres objets, soit mobiliers, soit immobiliers (2).

**327.** La loi met sur la même ligne le rapport des dettes et le rapport des donations (art. 829). Cela ne fait aucune difficulté quand il s'agit de sommes dues par l'un des héritiers au défunt; la loi considère ces dettes comme un avancement d'hoirie que le défunt a fait à son héritier présomptif. Le rapport des dettes se fera donc d'abord en moins prenant dans lés deniers de la succession. Rien de plus naturel : si l'héritier était tenu de verser cette somme dans la masse, il la reprendrait ensuite comme héritier, ce qui donnerait lieu à des traditions inutiles. Il est plus simple qu'il ne rapporte pas la somme qu'il doit et que les autres

(1) Dutruc, *Du partage*, p. 345, n° 356.
(2) Chabot, t. II, p. 291, n° 1 de l'article 830.

héritiers touchent une somme pareille. Si le numéraire ne suffit point pour remplir tous les héritiers, ceux-ci prennent des meubles, et, à défaut de mobilier, des immeubles de la succession. Cela résulte à l'évidence de la combinaison des articles 829 et 830. Ce mode de payer les dettes dont l'un des héritiers est tenu à l'égard du défunt a une conséquence très-grave : c'est que les héritiers, créanciers de leur cohéritier, sont payés de préférence à tous les autres créanciers de l'héritier débiteur, fussent-ils privilégiés. Telle est du moins l'opinion assez généralement suivie (1); elle nous laisse des doutes que nous exposerons en traitant du rapport (n° 638).

**328.** Faut-il appliquer le même principe, avec la conséquence qui en dérive, aux dettes de l'un des héritiers envers la succession, par exemple à la restitution des fruits qu'il a perçus? Question célèbre, sur laquelle les auteurs et les tribunaux sont divisés. Nous y reviendrons plus loin (n° 642).

**329.** Quand les rapports sont faits, le notaire compose la masse qui doit être distribuée par lots entre les cohéritiers. La masse comprend : 1° les biens meubles et immeubles qui appartenaient au défunt lors de son décès, et le prix de ceux qui ont été vendus; 2° les biens donnés par le défunt à ses héritiers et qui ont été rapportés en nature; 3° les sommes que les héritiers devaient au défunt ; 4° les sommes qu'ils doivent à la succession. Sur cette masse il y a des prélèvements à exercer avant qu'on procède à la formation des lots : 1° si le rapport des dons n'est pas fait en nature, les cohéritiers prélèvent des biens de même nature, qualité et bonté, ou de même valeur; 2° si l'un des héritiers a fait des dépenses pour l'administration de l'hérédité, il a une créance contre la succession, qui se paye par voie de prélèvement, puisque c'est la succession qui est débitrice; 3° les frais de scellé et d'inventaire sont aussi prélevés. Les biens qui restent forment la masse partageable, laquelle doit être divisée entre les héritiers.

(1) Belost-Jolimont sur Chabot, t. II, p. 285, note 1. Aubry et Rau sur Zachariæ, t. IV, p. 391, note 22.

VI. *Composition des lots.*

**330.** L'article 834 porte : « Les lots sont faits par l'un des cohéritiers, s'ils peuvent convenir entre eux sur le choix, et si celui qu'ils avaient choisi accepte la commission : dans le cas contraire, les lots sont faits par un expert que le juge-commissaire désigne. » Cette disposition, conçue en termes généraux et absolus, s'appliquait même au cas où il y avait des incapables parmi les héritiers ; elle a été restreinte par le code de procédure. D'après l'article 978, les lots ne sont faits par l'un des cohéritiers que s'ils sont tous majeurs ; de là suit que s'il y a des héritiers mineurs, les lots doivent toujours être faits par un expert ; c'est une garantie que la loi donne aux incapables. Par le mot *majeurs*, la loi entend, en matière de partage, les héritiers qui peuvent consentir à un partage conventionnel ; donc s'il y a des absents ou des non-présents, les lots doivent aussi être faits par un expert ; la raison de décider est identique (1).

Quand les héritiers veulent charger l'un d'entre eux de former les lots, ils doivent être tous d'accord ; la loi ne donne pas à la majorité le droit de décider. C'est l'application du principe général en vertu duquel les héritiers sont libres de faire le partage comme ils l'entendent dès qu'ils sont d'accord (n° 310) ; la majorité ne lie la minorité que dans le cas prévu par l'article 826.

Il y a un cas dans lequel les experts nommés pour l'estimation des immeubles procèdent aussi à la formation des lots. Nous renvoyons à ce qui a été dit plus haut (n° 317).

L'expert ou l'héritier chargé de la formation des lots en établit la composition dans un rapport, qui est reçu et rédigé par le notaire, à la suite du procès-verbal contenant formation de la masse (C. de proc., art. 979).

**331.** L'article 832 trace les règles qui doivent être observées dans la composition des lots. D'abord, dit la loi, « il convient de faire entrer dans chaque lot, s'il se

(1) Chabot, t. II, p. 301, n° 2 de l'article 834.

peut, la même quantité de meubles, d'immeubles, de droits ou de créances, de même nature ou valeur. » C'est l'application du principe fondamental consacré par l'article 826, aux termes duquel « chacun des cohéritiers peut demander sa part en nature des meubles et immeubles de la succession. » L'article 826 ne parle pas des droits ou créances. A la rigueur, les droits se divisent sans partage, puisque la loi elle-même opère la division entre les héritiers dans la proportion de leur part héréditaire (article 1220). Mais le partage peut déroger à cette division des créances, et l'on voit par l'article 832 que la dérogation est dans l'esprit de la loi, puisqu'elle veut que l'on comprenne les créances dans la formation des lots. Cela se fait pour éviter le morcellement des créances; il est de l'intérêt de chaque héritier d'avoir des créances entières, ce qui en facilite le recouvrement. En résulte-t-il que chacun des héritiers est censé avoir toujours eu la propriété exclusive de la créance mise dans son lot, conformément au principe établi par l'article 883? Nous examinerons la question plus loin (1). Comme, en vertu de la loi, chaque héritier a le droit de demander le payement de sa part dans chaque créance, et que le débiteur a le droit de payer cette part aux héritiers de son créancier, les copartageants doivent avoir soin de notifier leurs conventions au débiteur. On le décide ainsi par application de l'article 1690, en considérant le partage comme une cession de créances. Cela est douteux, nous y reviendrons.

L'article 832 établit une seconde règle pour la formation des lots : « On doit éviter, autant que possible, de morceler les héritages et de diviser les exploitations. » Le morcellement des grandes propriétés est avantageux pour l'agriculture et pour les possesseurs du sol; la vente des biens de l'Eglise et des domaines de la noblesse, qui a eu lieu après la révolution de 89, a été un principe de prospérité pour la France et pour la Belgique. Mais il ne faut pas que la division aille trop loin; les petits héritages

(1) Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, p. 462, n° 670. Demante, t. III, p. 451, n° 164 *bis* I. Demolombe, t. XV, p. 659, n° 673.

exigent relativement de plus grands frais d'exploitation et ils ne permettent guère d'améliorer la culture. Si donc il y a dans une succession deux maisons et deux fermes, il faut mettre une maison et une ferme dans chaque lot quand il y a deux héritiers, quand même les fermes seraient d'étendue inégale : c'est une exception à la première règle, qui est commandée par l'intérêt général tout ensemble et par l'intérêt des copartageants. La loi ajoute qu'il faut éviter la division des exploitations. Cela suppose qu'au lieu de diviser les terres, on en comprend plusieurs dans le même lot ; il faut alors réunir dans un même lot celles qui se touchent, de manière qu'elles puissent faire l'objet d'une seule et même exploitation ; c'est toujours dans le but de diminuer les frais et de favoriser l'agriculture (1).

**332**. Les termes dans lesquels la loi formule ces règles prouvent qu'elles n'ont rien d'absolu. *Autant que possible*, dit la première : *s'il se peut*, dit la seconde. Le juge a donc, en cette matière, une certaine latitude ; il décide d'après les circonstances de la cause. Bien que l'égalité soit la règle, il peut y avoir des lots inégaux ; l'article 833 le suppose : « L'inégalité des lots en nature se compense par un retour, soit en rente, soit en argent. » C'est ce que le code appelle des retours de lots (art. 2103, n° 3 et 2109). Le retour est en rente lorsqu'on établit sur le lot qui en est grevé une rente foncière ou une rente perpétuelle. On demande si les soultes en argent produisent des intérêts de plein droit. L'affirmative a été jugée, et telle est aussi l'opinion généralement enseignée par les auteurs. Elle se fonde sur l'analogie qui existe entre la soulte de partage et la vente ; à vrai dire, la soulte implique une vente, elle constitue le prix de l'excédant d'un lot sur l'autre ; on peut donc appliquer l'article 1652, aux termes duquel l'acheteur doit l'intérêt du prix jusqu'au payement du capital, si la chose vendue et livrée produit des fruits ou autres revenus. Cela est aussi fondé en raison ; le motif d'équité qui veut que l'acheteur paye les intérêts quand il jouit des

(1) Demolombe, t. XV, p. 660, n° 674. Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, p. 460, n° 674.

fruits existe aussi pour les copartageants (1). Il est vrai que les fruits ne représentent pas le montant des intérêts; mais il dépend du débiteur de se libérer de cette charge en payant le capital.

**333**. La loi apporte encore une dérogation aux règles qu'elle établit, en statuant que l'on compose autant de lots égaux qu'il y a d'héritiers copartageants ou de *souches copartageantes*. Lors donc que des enfants viennent à la succession par représentation de leur père, ils reçoivent le lot qu'aurait eu leur père, alors même que les biens qui composent ce lot devraient être licités comme étant impartageables; les enfants du premier degré obtiennent, en ce cas, leur part en nature, tandis que ceux qui succèdent par représentatien recevront leur part en argent. C'est une conséquence logique du principe de la représentation; les descendants de l'enfant prédécédé ne peuvent pas se plaindre, puisqu'ils n'ont d'autres droits que ceux qu'aurait eus leur père s'il avait survécu.

Peut-on étendre aux lignes ce que la loi dit des souches? Fait-on autant de lots qu'il y a de lignes, sans considérer si les biens sont partageables ou non entre les héritiers de chacune des lignes? La négative nous paraît évidente. En effet, les héritiers de chacune des deux lignes sont copartageants, ils succèdent de leur chef; il faut par conséquent, comme le veut l'article 831, composer autant de lots égaux qu'il y a d'héritiers (2).

**334**. La règle d'après laquelle on fait autant de lots qu'il y a de copartageants ne peut pas toujours recevoir son application. Quand les parts sont inégales, il faut former plus de lots qu'il n'y a de copartageants, afin de rendre possible le tirage au sort. Le survivant des père et mère concourt avec un frère; celui-ci prend les trois quarts de l'hérédité; d'après le texte de l'article 831, on ne devrait former que deux lots, mais l'un aurait une valeur triple de l'autre, ce qui rendrait impossible le tirage au sort. Il faut former alors quatre lots d'égale valeur, dont un pour le

(1) Bruxelles, 13 juin 1821 (*Pasicrisie*, 1821, p. 400). Comparez les autorités citées dans Dalloz, au mot *Succession*, n° 1809.
(2) Demante, t. III, p. 250, n° 163 *bis* IV.

survivant des père et mère et les autres pour le frère. On peut généraliser ce procédé en posant comme principe que les parts inégales, formant des fractions différentes du total de l'hérédité, doivent d'abord être réduites à un dénominateur commun; on divise ensuite la succession en autant de lots qu'il y a d'unités dans ce dénominateur; puis chacun des cohéritiers prend autant de lots qu'il y a d'unités au numérateur de la fraction de l'hérédité qu'il est appelé à recueillir. Il y a trois héritiers; l'un prend un quart, les deux autres chacun trois huitièmes; le dénominateur commun sera huit; donc il y aura huit lots, celui qui est appelé au quart aura deux lots, les autres en auront chacun trois (1).

Ce procédé a un inconvénient, c'est de multiplier les lots, ce qui conduit à morceler les héritages. On en a proposé deux autres. S'il y a un héritier dont la part excède celle de ses cohéritiers, il prélèvera cet excédant, et le surplus se partagera en lots égaux. Ce premier procédé doit être écarté parce qu'il viole la loi; elle n'autorise pas de prélèvement quand il s'agit de la composition des lots; les lots doivent être égaux, et ils doivent être tirés au sort pour le tout; cela exclut tout prélèvement. Le second procédé consiste à prendre pour mesure la part héréditaire la plus forte, la moitié, par exemple, attribuée au frère qui concourt avec les père et mère; on divise la succession en deux lots, l'un de ces lots, tiré au sort, formera la part du frère; on subdivise ensuite le second lot en deux parts, l'une pour le père, l'autre pour la mère. On évite par là le morcellement excessif qui se fait quand il y a un grand nombre d'héritiers et des parts inégales. Mais ce mode de partage est-il conforme à la loi? Nous ne le croyons pas. La loi ne dit pas que l'on procède à un double allotissement; il n'y en a qu'un, et il doit assurer à tous les copartageants le même avantage, celui de leur donner leur part en nature. Or, en suivant le procédé qui attribue le lot le plus fort à celui qui a la plus forte part, on risque de rendre la licitation nécessaire pour les autres; ce qui

(1) Zachariæ, édition d'Aubry et Rau, t. IV, p. 395 et note 29.

est contraire à l'esprit de la loi ainsi qu'à son texte. Aussi la cour de cassation a-t-elle cassé un arrêt qui avait ordonné de faire deux lots pour le partage d'une succession dévolue pour moitié à un enfant préciputaire et pour un quart à deux autres enfants (1). On pourrait tout au plus l'admettre si le partage des biens était possible entre les héritiers qui doivent se partager le second lot.

**335.** Il y a un autre procédé qui prévient tous les inconvénients que nous venons de signaler dans les divers modes de partage proposés par les auteurs : c'est d'attribuer les lots aux divers copartageants ou à quelques-uns d'entre eux sans recourir à la voie du sort. Le partage d'attribution a de grands avantages; il permet de distribuer les biens d'après les convenances des divers copartageants, sans morceler les héritages; il concilie donc l'intérêt des individus et celui de la société. S'il s'agissait de décider la question en théorie, il faudrait se prononcer sans hésiter en faveur d'un partage qui tient compte de toutes les exigences, contre un partage qui distribue les biens au gré de l'aveugle hasard. Mais il s'agit de savoir si le code permet de faire un partage d'attribution. Le texte décide la difficulté, comme le dit très-bien la cour de cassation. Lorsque les héritiers sont majeurs et capables, ils peuvent faire le partage comme ils l'entendent, s'ils sont d'accord; libre à eux de faire un partage d'attribution selon leurs goûts et leurs intérêts. Mais le partage judiciaire suppose nécessairement le désaccord des héritiers; il ne s'agit plus de procéder par voie de conciliation et de transaction; la justice ne transige pas, elle ne connaît que le droit; lors donc qu'un partage se fait en justice, il doit se faire d'après la stricte égalité; voilà pourquoi la loi prescrit le tirage au sort. Rien n'est laissé au pouvoir discrétionnaire des tribunaux, dit la cour de cassation ; la loi elle-même établit des règles auxquelles les juges sont toujours tenus de se conformer Elle veut que

(1) Arrêt de cassation du 10 mai 1826 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1733, 1°). Comparez Demante, t. III, p. 247-249, n^os^ 163 *bis* I-163 *bis* III. Demolombe, t. XV, p. 670 n^os^ 683 et 684 Chabot, t. II, p. 206, n° 4 de l'article 831.

les experts indiquent dans leur procès-verbal si l'objet estimé peut commodément se partager; si le partage ne peut pas se faire, l'article 827 décide en termes impératifs qu'il *doit* être procédé à la vente par licitation. La loi dit également en termes impératifs que les lots sont tirés au sort (art. 834). Ces dispositions excluent tout partage d'attribution (1).

Le partage d'attribution est si rationnel que les juges du fait sont portés à l'autoriser, malgré les dispositions impératives du code. Cela prouve qu'il y a un vice dans la loi. En France, on a essayé de le corriger lors de la loi du 2 juin 1841 qui a modifié le code de procédure; on proposa la disposition suivante : « Si les droits des copartageants sont inégaux, le tribunal pourra, après avoir pris l'avis du conseil de famille, s'il y a parmi eux des mineurs ou des interdits, ordonner par voie d'attribution le prélèvement des lots inégaux; mais il fera tirer au sort tous les lots qui en seront susceptibles (2). » On ne contesta pas l'utilité de cette innovation ; si elle ne fut pas adoptée, c'est qu'il ne convient pas, comme le dit très-bien le garde des sceaux, de modifier le code civil dans une loi qui ne s'occupe que de la procédure. En Belgique, les partages où des incapables sont intéressés peuvent se faire par voie d'attribution (n° 308). Si le partage d'attribution est favorable aux mineurs, à plus forte raison la loi aurait-elle dû l'autoriser pour les majeurs. Dans l'état actuel de la législation, il faut le consentement de tous les copartageants pour que l'on puisse distribuer les lots par attribution (3).

**336.** Les tribunaux ont cherché à échapper au tirage au sort, en faisant un partage d'attribution; ils donnent d'excellentes raisons, mais des raisons que la loi n'admet point. Ainsi il a été jugé que si l'un des héritiers vend,

(1) Arrêts de cassation du 10 mai 1826 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1733, 1°), du 19 mars 1844 (*ibid.*, n° 1836, 3°) et du 26 avril 1847 (Dalloz, 1847, 1, 224). La doctrine est dans le même sens ; voyez les autorités citées par Aubry et Rau sur Zachariæ, t. IV, p. 395, note 30 ; Demolombe, t. XV, p. 668, n° 680, et Dalloz, au mot *Succession*, n° 1835.
(2) *Moniteur* du 30 avril 1841.
(3) Rejet, 21 février 1843 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1707).

pendant l'indivision, un immeuble de l'hérédité, on doit le mettre dans son lot par attribution, afin d'éviter les actions récursoires et de maintenir la stabilité des propriétés (1). Il y a des arrêts en sens contraire, qui sont plus conformes à la loi, telle qu'elle est (2). La cour de cassation elle-même a dévié de la rigueur des principes. Un des héritiers bâtit sur le sol indivis; on met dans son lot la partie du sol sur laquelle les constructions avaient été élevées. Sur le pourvoi, la cour maintint le partage par un singulier motif, c'est que le bâtiment est l'accessoire du sol, et appartient, comme tel, au propriétaire du sol; ce qui rend le tirage au sort impossible (3). Sans doute, la construction devient la propriété de celui qui est maître du sol; mais qui est le maître pendant l'indivision? est-ce seulement celui des héritiers qui bâtit? Le sol appartient par indivis à tous les héritiers, donc aussi le bâtiment. Pour mieux dire, la propriété est incertaine tant que dure l'indivision; c'est par le partage que l'on saura qui est propriétaire du sol et, par suite, des constructions; il faut donc laisser de côté la maxime que l'édifice est l'accessoire du sol, et appliquer les règles qui régissent le partage. La cour de Toulouse a décidé la même question d'après ces principes, et telle est aussi la doctrine des auteurs (4). A notre avis, il n'y a pas le moindre doute.

**337.** Les héritiers majeurs et capables peuvent consentir à un partage d'attribution. Dans ce cas, le tribunal peut mettre au lot de l'un des héritiers l'immeuble qu'il a aliéné ou hypothéqué. C'est une conséquence logique du partage d'attribution et un des avantages que présente ce partage. Il a été jugé que les héritiers ne peuvent pas attaquer ce mode de procéder, par le motif qu'il n'y a pas eu de tirage au sort; ils ont renoncé à l'égalité du sort, en consentant à un partage d'attribution, et ils ne peuvent pas

(1) Agen, 7 décembre 1823 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1839).
(2) Toulouse, 15 janvier 1830; Caen, 3 mars 1838 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1838).
(3) Rejet, 11 août 1808 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1841).
(4) Toulouse, 30 août 1837 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1841, et les auteurs qui y sont cités).

revenir sur ce consentement, parce que les conventions sont irrévocables (1).

VII. *Homologation du partage.*

**338.** C'est le notaire qui compose les lots et qui fait le partage. Les lots sont tirés au sort. Avant de procéder au tirage, chaque copartageant est admis à proposer les réclamations contre leur formation (art. 834 et 835). Quand les opérations sont terminées, le procès-verbal est clos et l'homologation du partage est poursuivie par la partie la plus diligente. Le tribunal homologue le partage, s'il y a lieu, sur le rapport du juge-commissaire (C. de pr., art. 980 et 981). Après l'homologation, on tire les lots au sort (C. de pr., art. 982). Nous avons signalé les inconvénients du hasard qui préside à la distribution des lots, mais ce procédé a aussi ses avantages : c'est la plus sûre garantie de l'égalité du partage, car tous les héritiers sont intéressés à veiller à ce que tous les lots soient exactement égaux. Si la loi du 12 juin 1816 a permis de déroger à cette règle fondamentale quand il y a des incapables, c'est que leurs intérêts sont sauvegardés par le juge de paix, lequel est spécialement chargé de les protéger.

**339.** Après le tirage au sort, remise doit être faite à chacun des copartageants des titres particuliers aux objets qui lui sont échus (art. 842). La loi entend par *titres* les actes authentiques ou sous seing privé qui établissent les droits du défunt sur les biens qu'il délaisse : tels sont les actes de vente ou de donation, les testaments ou les partages. Si la propriété est divisée, les titres restent à celui qui a la plus grande part, à la charge d'en aider ceux des copartageants qui y auront intérêt, quand il en sera requis. Il y a des titres communs à toute l'hérédité : par exemple les contrats de mariage, les tableaux généalogiques, les actes de l'état civil qui constatent l'état du défunt. L'article 842 veut qu'ils soient remis à celui que tous les héri-

(1) Arrêts de rejet du 18 décembre 1811 et du 9 mai 1827 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1842, 2° et 3°).

tiers auront choisi pour en être le dépositaire, à la charge d'en aider les copartageants à toute réquisition. Si les parties ne s'entendent pas, le choix est réglé par le juge.

Les titres dont parle l'article 842 sont ceux qui concernent les intérêts pécuniaires des héritiers. Il y a des papiers qui sont étrangers à ces intérêts : tels sont les diplômes du défunt, sa correspondance. Puis il y a les croix de chevalerie, les portraits de famille. Le code ne dit pas à qui ces objets sont remis, les auteurs sont divisés (1). Dans l'ancien droit, on remettait ces monuments à l'aîné de la famille; nous ne connaissons plus le droit d'aînesse, pas même la déférence morale que les puînés devraient avoir pour l'aîné de la famille. Il se peut d'ailleurs qu'il n'y ait pas d'enfants. Dans le silence de la loi, il faut procéder par analogie ; c'est aux héritiers à s'entendre; en cas de désaccord, le tribunal décidera. Nous n'avons trouvé qu'une seule décision judiciaire sur la matière : le tribunal de la Seine a jugé que les décorations, armes et portrait du défunt, général de division, devaient être attribués de préférence à l'aîné des enfants mâles de la branche qui perpétue le nom du dignitaire (2).

**310.** Qui supporte les frais du partage judiciaire? Il est de principe que les frais doivent être supportés par celui dans l'intérêt duquel ils sont faits ; donc tous les copartageants doivent contribuer aux frais dans la proportion de leur part héréditaire. Cela se fait en prélevant les frais sur la masse partageable (3). Il n'y a pas lieu à compenser les frais entre les parties (4) : il en résulterait une inégalité entre les copartageants; or, l'égalité doit régner entre les héritiers, pour les charges comme pour les bénéfices, c'est-à-dire une égalité proportionnelle. Les frais du partage étant prélevés sur la masse avant tout partage, il en résulte qu'ils seront payés de préférence aux créanciers des héritiers; c'est l'application du droit com-

(1) Voyez les diverses opinions dans Demolombe, t. XV, p. 693, nos 700, 701.
(2) Jugement du 7 mai 1870 (Dalloz, 1870, 3, 103).
(3) Rejet, 11 décembre 1834 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1858).
(4) Nancy, 15 janvier 1828 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1859).

mun, puisque les frais du partage judiciaire sont des frais de justice faits dans l'intérêt commun de tous les créanciers (art. 2101, n° 1; loi hypothécaire belge, art. 17 et 19, n° 1). Il y a exception lorsque les frais sont frustratoires; pour mieux dire, ces frais ne rentrent pas parmi ceux qui sont privilégiés; ils doivent être supportés par celui qui a eu tort de les faire (1).

### N° 3. DU RETRAIT SUCCESSORAL (2).

#### I. *Qu'est-ce que le retrait?*

**341.** Chabot dit dans son rapport au Tribunat : « Les étrangers qui achètent des droits successifs apportent presque toujours la dissension dans les familles et le trouble dans les partages. Le projet de loi donne le moyen de les écarter. L'article 841 dispose que « toute personne, même parente du défunt, qui n'est pas successible, et à laquelle un cohéritier aurait cédé son droit à la succession, peut être écartée du partage, soit par tous les cohéritiers, soit par un seul, en lui remboursant le prix de la cession. » « Cette disposition, continue le rapporteur, infiniment sage, est conforme aux lois *per diversas* et *ab Anastasio*, qui avaient été généralement admises par notre jurisprudence. Il est de l'intérêt des familles qu'on n'admette pas à pénétrer leurs secrets, et qu'on n'associe pas à leurs affaires des étrangers que la cupidité ou l'envie de nuire ont pu seules déterminer à devenir cessionnaires, et que les lois romaines dépeignaient si énergiquement par ces mots : *alienis fortunis inhiantes* (3). »

Chabot se trompe en disant que l'article 841 est emprunté aux lois romaines. Tout ce que portent les constitutions d'Anastase et de Justinien (4), c'est que le cessionnaire d'un droit litigieux ne peut agir que jusqu'à

(1) Rejet, 4 avril 1821 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1864).
(2) Benoît, *Du retrait successoral* (Paris, 1846, 1 vol. in-8°).
(3) Chabot, Rapport, n° 59 (Locré, t. V, p. 126).
(4) L. 22 et 23, C., *Mandat.* (IV, 35)

concurrence du prix de la cession qui doit lui être remboursé en capital et intérêts. Dans l'ancienne jurisprudence française, on interpréta ces lois en ce sens que le débiteur du droit litigieux avait la faculté de racheter le droit cédé, en se faisant subroger au cessionnaire moyennant le remboursement du prix de la cession. L'article 1699 du code civil consacre la doctrine traditionnelle. On appelle cette faculté de racheter une créance litigieuse, *rachat litigieux*. Les parlements l'étendirent à la cession de droits successifs, lors même qu'ils n'avaient rien de litigieux : c'est ce qu'on appelle le *retrait successoral*. Lebrun avoue que les lois romaines ne parlent point de ce cas : « Nous les avons étendues jusque-là, dit-il, par cette raison qu'il y a ordinairement de la vexation ou un étrange intéressement de la part d'un étranger curieux d'apprendre les affaires d'autrui (1). »

Les motifs que l'on allègue pour justifier le retrait successoral sont très-contestables. On ne veut pas admettre les étrangers au partage, pour les empêcher de pénétrer les secrets des familles. Est-ce bien là le mobile qui guide les acheteurs de droits successifs? On fait aux hommes de notre temps le reproche de rechercher la fortune pour se procurer les jouissances qu'elle donne. Ne serait-ce pas là le vrai mobile de ceux qui achètent une hérédité? Ils apportent le trouble dans les familles, dit-on. Cette seconde raison n'est pas plus probable que la première. L'acheteur de droits successifs agit par intérêt; or, il serait un bien mauvais spéculateur s'il élevait des contestations pour le seul plaisir de plaider; l'esprit de cupidité qu'on lui suppose le portera, au contraire, à éviter les procès. Il y a d'autres objections contre le retrait successoral. Le retrait est une vraie expropriation de l'acheteur : on le force à céder son marché à l'héritier qui exerce le retrait. Or, personne ne peut être exproprié que pour cause d'utilité publique, et où est l'utilité publique en fait de retrait? Le retrait successoral est encore en opposition avec un autre

(1) Lebrun, *Des successions*, livre IV, chap. II, n° 66. Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, p. 469, n° 680.

principe de nos sociétés modernes, la liberté du commerce. Pourquoi empêcher l'héritier de vendre ses droits successifs, s'il y trouve son intérêt? Le retrait entrave l'exercice d'un droit naturel; il est évident que l'héritier vendra à des conditions désavantageuses, à cause des risques que l'acheteur court d'être privé de son marché. Enfin, on reproche à la loi de manquer son but. Rien de plus facile que de l'éluder : il suffit pour cela que l'héritier donne mandat pour le représenter au partage à celui qui achète les droits qu'il a dans la succession (1). Malgré les entraves que la loi y apporte, les cessions de droits successifs sont fréquentes, à en juger par les nombreux procès qui s'élèvent sur le retrait successoral. Il n'y a pas de matière plus ingrate. C'est un droit purement arbitraire, fondé sur de mauvaises raisons; on est toujours tenté de se prononcer pour l'acheteur contre l'héritier qui veut le dépouiller d'un marché avantageux. Toutefois il faut prendre la loi telle qu'elle est, en attendant qu'elle soit abolie. Mais comme il s'agit d'un droit arbitraire, nous croyons inutile d'entrer dans le détail des controverses; il faut bien les prévoir, puisqu'elles se présentent journellement; mais nous nous contenterons de donner le motif de décider, sans nous engager dans la discussion des opinions contraires.

**342.** Il importe avant tout de se fixer sur la nature et le caractère du droit de retrait. On lit dans un arrêt de la cour de cassation que le retrait successoral repose sur des motifs d'ordre public; dans un autre arrêt, la cour dit qu'il importe à la *morale* et à l'*ordre public* que des spéculateurs étrangers à la succession ne soient point associés aux affaires des cosuccessibles, et admis à pénétrer dans des secrets de famille auxquels ils ne doivent pas participer (2). Si l'on prenait ces motifs au pied de la lettre, il en faudrait conclure qu'il n'appartient pas aux parties intéressées de déroger en quoi que ce soit à la disposition de

(1) Aubry et Rau sur Zachariæ, t. II, p. 566, note 12. Demolombe, t. XVI, p. 11, n° 11.
(2) Cassation, 15 mai 1844, et rejet de la chambre civile, 28 juin 1836 (Dalloz, au mot *Succession*, n[os] 1831 et 1891).

l'article 841. Cependant la jurisprudence et la doctrine sont unanimes à admettre que les héritiers peuvent renoncer au droit de retrait. Nous reviendrons sur ce point, qui n'est pas controversé, sauf le dissentiment de Taulier, dont l'opinion est restée isolée. Même en admettant tout ce que l'on dit pour justifier le retrait, on ne peut pas poser en principe que le retrait soit d'ordre public. La propriété certes est d'ordre public, puisqu'elle est la base de l'ordre social; or, le droit de retrait viole la propriété. Il déroge à la liberté d'industrie, laquelle est également d'intérêt général. Si l'on suppose que le cessionnaire est un spéculateur avide de procès, ou un homme malveillant qui cherche à pénétrer les secrets des familles pour y porter le trouble, sans doute, dans ce cas, il y a un motif d'ordre public pour l'écarter du partage. Mais ce ne sont là que des suppositions auxquelles la réalité donne le plus souvent un démenti : il peut donc y avoir des cessions parfaitement légitimes. Cela suffit pour qu'on ne puisse pas poser comme règle que le retrait est d'ordre public. Aussi malgré les termes absolus dans lesquels la cour de cassation a énoncé cette maxime, elle n'a pas entendu faire du retrait une de ces dispositions auxquelles il est défendu de déroger (art. 6); elle a décidé, ce qui est évident, qu'aucune stipulation entre le cédant et le cessionnaire ne peut soustraire celui-ci au retrait. Cela va sans dire.

**343.** Si la morale et l'ordre public étaient intéressés au droit de retrait, il faudrait en conclure que l'article 841 doit être étendu par voie d'analogie. On doit, au contraire, poser comme règle d'interprétation que le retrait est un droit exceptionnel, et qu'à ce titre il est de stricte interprétation. Que le droit de retrait soit exceptionnel, cela ne peut faire aucun doute, d'après ce que nous venons de dire. La cour de cassation a proclamé cette maxime dans les termes les plus absolus. « La disposition de l'article 841, dit-elle, est exceptionnelle et évidemment contraire au droit commun, en ce qu'elle tend à priver l'acquéreur de l'avantage d'un traité autorisé par la loi, pour en faire profiter, à son préjudice, un tiers qui n'y a point été

partie (1). » De là suit que l'on doit interpréter l'article 841 d'une manière restrictive. Nous verrons plus d'une application de ce principe dans le cours de nos explications. Pour le moment, nous nous bornons à en induire cette conséquence que le retrait successoral n'étant autorisé qu'en matière de succession, on ne peut pas l'étendre à des matières analogues, telles que la communauté et la société. Il y a cependant un motif de douter. Les règles sur le partage, dit-on, sont générales; elles s'appliquent à la communauté et à la société aussi bien qu'à l'hérédité; donc l'article 841 doit être considéré comme une disposition de droit commun. Un arrêt de la cour de Paris répond à l'objection, et la réponse est péremptoire (2). L'article 841 est exceptionnel par le but qu'il se propose; il veut empêcher les étrangers de pénétrer dans les secrets de famille; ces secrets ne se révèlent que dans la liquidation d'une succession qui embrasse toutes les affaires du défunt. Il n'y a pas de secrets dans une société, où tout est patent, écrit et consigné dans des livres. Il n'y en a pas même dans une communauté, qui a également un objet restreint. Aussi la loi s'est-elle gardée d'étendre le retrait au partage de la société ou de la communauté. L'article 1872 applique au partage entre associés les règles concernant le partage, la forme du partage et les obligations qui en résultent : est-ce que le retrait concerne le partage? Bien que placée dans la section du partage, cette disposition n'a rien de commun avec le partage; le retrait successoral aurait dû être placé au titre de la *Vente*, de même que la loi y traite du retrait litigieux. Il en est de même de la communauté; l'article 1476 porte que le partage de la communauté, pour tout ce qui concerne ses *formes*, la *licitation* des immeubles, les *effets* du partage, la *garantie* qui en résulte et les *soultes*, est soumis à toutes les règles qui sont établies au titre des *Successions* pour les partages

(1) Rejet, 21 avril 1830 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1944, 1°). Comparez Bruxelles, 20 mai 1863 (*Pasicrisie*, 1864, 2, 57).

(2) Paris, 7 juillet 1836 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1870) Dans le même sens, Bordeaux, 19 juillet 1826, Bourges, 12 juillet 1831 (*ibid.*). En sens contraire, Riom, 23 novembre 1848 (Dalloz, 1849, 2, 50).

entre cohéritiers. On voit que la loi limite les dispositions du titre des *Successions* qu'elle déclare applicables au partage de la communauté; le retrait n'y est pas mentionné, ce qui est décisif. Il faut donc dire avec la cour de Paris que la disposition de l'article 841 est exceptionnelle; or, il est de la nature de toute exception d'être rigoureusement renfermée dans ses limites, et de ne jamais s'étendre d'un cas à un autre, sous le prétexte d'analogie; dès lors le retrait doit être borné aux successions qu'il a exclusivement pour objet, et rester étranger aux sociétés ou à toute autre communauté de droit (1).

### II. *Contre qui le retrait peut-il être exercé?*

**344.** Tout cessionnaire de droits successifs ne peut pas être écarté du partage; l'article 841 ne permet le retrait que contre celui qui n'est pas *successible du défunt*. Donc celui qui est successible ne peut pas être écarté par le retrait. La raison en est très-simple. Celui qui est successible a droit de prendre part au partage, il ne peut donc pas s'agir de l'écarter. De là suit que par *successible* il faut entendre celui qui succède au défunt, et qui, à ce titre, est appelé au partage. Le cessionnaire n'est-il pas successible, le retrait pourra être exercé contre lui. L'esprit de la loi ne laisse aucun doute sur le principe tel que nous venons de le formuler. Il s'agit d'éloigner du partage un étranger qui est soupçonné de vouloir pénétrer les secrets de la famille et d'y porter le trouble; or, comme successeur du défunt, il a le droit de concourir au partage, le retrait n'a plus de raison d'être (2).

L'article 841 ajoute que si le cessionnaire n'est pas successible, il peut être écarté du partage, alors même qu'il serait parent du défunt. On considère comme étranger celui qui ne vient pas au partage comme successeur; il est étranger en ce sens qu'il n'a pas le droit de se mêler des affaires du défunt. Il en serait ainsi, lors même que le pa-

(1) C'est l'opinion générale. Voyez les auteurs cités par Demolombe, t. XVI, p. 93, n° 92, et par Dalloz, au mot *Succession*, n° 1869.
(2) Demolombe, t. XVI, p. 18, n° 16, établit très-bien le principe.

rent cessionnaire serait appelé à la succession en cas de renonciation du cédant. On a prétendu que celui qui cède ses droits doit être assimilé, dans ce cas, à un renonçant. La cour de cassation répond, et la réponse est péremptoire, que celui qui cède ses droits successifs fait acte d'héritier pur et simple, donc il reste successible, et si le cédant est successible, il est impossible que le cessionnaire le soit (1).

**345.** La succession dévolue à des ascendants ou à des collatéraux, se partage par lignes; si un parent de la ligne paternelle cède ses droits successifs, un héritier de la ligne maternelle pourra-t-il exercer le retrait? Tant que le partage entre les deux lignes n'est pas fait, il n'y a aucun doute, à notre avis; les parents des deux lignes appelés à la succession sont certes des successibles; donc le cessionnaire de l'un d'eux aurait le droit de se présenter au partage de l'hérédité, ce qui donne à tous les parents le droit de l'écarter en exerçant le retrait. Mais si la cession a été faite après que la succession a été divisée par moitié entre les deux lignes, il y a un nouveau partage à faire entre les héritiers de chaque ligne; les héritiers de l'une des lignes n'ont pas le droit de concourir au partage de l'autre. Cela décide la question quant au droit de retrait. Le cessionnaire d'un héritier de la ligne paternelle ne peut pas se présenter au second partage qui se fait entre les héritiers de la ligne maternelle; donc il ne peut s'agir de l'en écarter, comme le dit l'article 841 ; c'est dire que le retrait ne peut être exercé contre lui que par les parents de la ligne paternelle, les parents maternels sont sans intérêt et partant sans droit (2).

**346.** L'héritier renonçant est-il successible? D'après l'article 785, il est censé n'avoir jamais été héritier. Donc s'il achète les droits successifs de l'un de ceux dont il a cessé d'être le cohéritier, il peut être écarté du partage,

(1) Arrêt de Pau du 14 février 1860, confirmé par un arrêt de rejet du 2 juillet 1862 (Dalloz, 1860, 2, 115 et 1862, 1, 431). Comparez Belost-Jolimont sur Chabot, t. II, p. 333, note 1, et les autorités qui y sont citées.

(2) Rejet, 2 juillet 1862 (Dalloz, 1862, 1, 431). Demolombe, t. XVI, p. 41, n° 34.

auquel il n'a plus le droit de concourir, sinon comme cessionnaire. Cela ne fait pas l'ombre d'un doute, malgré un arrêt contraire qu'il est inutile de réfuter, puisque la réfutation est écrite dans le texte des articles 785 et 841 (1). Mais la question devient, sinon douteuse, du moins controversable lorsque l'héritier reçoit de ses cohéritiers, à titre de partage, un abandonnement en biens héréditaires, moyennant lequel il se reconnaît suffisamment apportionné; après cela il devient cessionnaire d'un de ses cohéritiers : peut-il être écarté? Il a été jugé qu'il n'y avait pas lieu au retrait successoral (2). Il est certain que le texte de l'article 841 n'est plus applicable; car l'héritier, quoique apportionné, reste héritier, il est donc successible. Mais, dit-on, il n'a plus le droit de prendre part au partage. Nous croyons qu'à la rigueur il aurait ce droit, parce qu'il est héritier; il y aurait certainement droit si l'on découvrait de nouveaux biens. L'esprit de la loi ne laisse aucun doute; ce n'est pas un étranger, c'est un successible, un cohéritier; donc les motifs du retrait cessent.

**317.** L'héritier présomptif du défunt est exclu de l'hérédité par un testament; il se porte cessionnaire des droits successifs de l'un des héritiers : peut-il être écarté par le retrait? Il y a un arrêt pour la négative (3), mais on n'en doit tenir aucun compte, parce qu'il est contraire au texte et à l'esprit de la loi. Le texte dit que le *successible* ne peut être écarté; est-ce que celui qui ne succède pas est successible? L'esprit de la loi doit faire écarter celui qui n'a aucune qualité, sinon sa cession, pour prendre part au partage. Dans l'espèce, l'exclusion même dont l'héritier présomptif a été l'objet doit faire craindre qu'il ne soit animé de mauvais sentiments. C'est l'avis de tous les auteurs (4). Il n'y aurait pas exclusion si le testateur avait épuisé sa succession en legs particuliers. En effet, l'héri-

(1) Demolombe, t. XVI, p. 25, n° 25, et les autorités qu'il cite.
(2) Agen, 26 août 1862 (Dalloz. 1862, 2, 210).
(3) Lyon, 17 juin 1825 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1909). En sens contraire, jugement du tribunal de Clermont-Ferrand, du 26 juillet 1867 (Dalloz, 1868, 3, 95).
(4) Nous nous bornons à citer l'auteur le plus récent, Benoît, *Du retrait successoral*, n° 53.

tier, quoique de fait il puisse ne rien recueillir, conserve la qualité de successible, et en vertu de cette qualité il aurait droit aux valeurs dont le testateur, à son insu, n'aurait point disposé (1).

**318.** L'enfant naturel est successible dans le sens de l'article 841. Nous n'y voyons pas le moindre doute. C'est un principe aujourd'hui universellement admis que l'enfant naturel a un droit dans les biens, qu'à ce titre il a l'action en partage, donc en cédant ses droits, il donne au cessionnaire le droit de concourir au partage; et par suite les héritiers, ses cosuccessibles, ont le droit de l'en écarter en exerçant le retrait. Par la même raison, le retrait ne peut être exercé contre l'enfant naturel qui serait cessionnaire des droits d'un de ses cosuccessibles (2).

Il y a même raison de décider pour le légataire ou le donataire à titre universel; ils sont successibles. Peu importe qu'ils ne soient pas saisis et qu'ils ne représentent pas la personne du défunt; l'enfant naturel aussi n'a pas la saisine, ce qui ne l'empêche pas de concourir au partage, ainsi que les autres successeurs universels ou à titre universel; or, c'est pour écarter du partage ceux qui n'auraient le droit d'y figurer qu'en qualité de cessionnaires que le retrait a été accordé aux héritiers. La conséquence est évidente; les successeurs ne peuvent être écartés s'ils sont cessionnaires, mais leurs cessionnaires peuvent l'être (3). Il y a parfois difficulté sur le point de savoir si un légataire est légataire à titre universel ou à titre particulier; on applique les principes généraux que nous exposerons au titre des *Donations*. La cour de Bruxelles a très-bien jugé que le legs de tout le mobilier était à titre universel, bien que les rentes en fussent exclues : c'est que le contrat de mariage avait immobilisé les rentes, ce que les parties contractantes peuvent faire, en ce qui concerne leurs droits, et leurs stipulations peuvent être invo-

(1) Rejet, 16 juillet 1861 (Dalloz, 1861, 1, 473).
(2) Rejet, 16 juillet 1861 (Dalloz, 1861, 1, 473). Demolombe, t. XVI, p. 21, n° 18.
(3) Paris, 31 juillet 1810 et Douai, 6 février 1840 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1943).

quées par le cessionnaire, puisqu'il est l'ayant cause de l'une des parties (1).

**349.** Les légataires ou donataires à titre particulier ne sont pas successibles; ils ne sont pas appelés au partage, donc s'ils se rendent cessionnaires de droits successifs, ils peuvent être écartés par le retrait; tandis que s'ils cèdent leur droit, le cessionnaire ne peut être écarté du partage, puisqu'il n'a pas le droit d'y venir (2). Faut-il appliquer ce principe à l'usufruitier universel ou à titre universel? La question est vivement controversée; d'excellents auteurs ont changé d'avis, ce qui prouve qu'il y a quelque doute. En théorie, il n'y en a point. L'usufruit, alors même qu'il porte sur tous les biens, ou sur une quotité de l'universalité, n'est pas un titre universel, c'est un titre particulier. Cela est admis par tout le monde. Cependant la loi leur donne le titre d'usufruitier *universel* ou à *titre universel*, et elle les fait contribuer aux dettes quant aux intérêts; n'est-ce pas une raison de les considérer comme *successibles?* Nous avons examiné la question ailleurs, et nous l'avons décidée négativement (3). Au point de vue du retrait, la difficulté est de savoir si le successeur a droit de concourir au partage; or, l'usufruitier à titre universel ne peut certes pas prendre part aux opérations du partage; car qu'est-ce qu'on partage? La propriété, et il n'y a aucun droit. Cela est vrai aussi de l'usufruitier universel : les usufruitiers n'ont qu'un intérêt, c'est de constater l'actif héréditaire; ce qui se fait par l'inventaire, et l'inventaire n'est pas une opération du partage (4). La jurisprudence est divisée comme la doctrine. La cour de cassation de Belgique s'est prononcée pour l'opinion que nous venons d'enseigner (5), ainsi que la cour de cassation de France (6).

(1) Bruxelles, 11 août 1860 (*Pasicrisie*, 1860, 2, 325) et 20 mai 1863 (*Pasicrisie*, 1864, 2, 57).

(2) Chabot, t. II, p. 322, n° 7 de l'article 841.

(3) Voyez le tome VII de mes *Principes*, p. 50, n° 37.

(4) Aubry et Rau sur Zachariæ, t. II, p. 568, note 17; Demolombe, t. XVI, p. 35, n° 31. En sens contraire, Merlin, *Répertoire*, au mot *Droits successifs*, n° 13.

(5) Rejet, 29 avril 1839 (*Pasicrisie*, 1839, 1, 76).

(6) Rejet de la chambre civile, 17 juillet 1843 (Dalloz, au mot *Succession*,

**350.** Le mari se rend cessionnaire de l'un des cohéritiers de sa femme : peut-il être écarté par le retrait ? Il nous semble que l'affirmative est évidente. En effet, le mari est étranger à la succession qui échoit à sa femme, ce n'est pas lui qui succède ; donc il y a lieu au retrait. On objecte que le mari est administrateur des biens de la femme et usufruitier sous la plupart des régimes, qu'à ce titre il peut intervenir au partage, que par suite le retrait n'a plus de raison d'être. La réponse se trouve dans le texte de la loi ; il ne suffit pas, pour échapper au retrait, que le cessionnaire ait, à un titre quelconque, le droit d'assister au partage, il faut qu'il y concoure comme successible ; or, le mari ne l'est pas ; ce qui décide la question. Il y a un motif de douter sous le régime de la communauté. Le mari est maître et seigneur des biens de la communauté ; or, les successions mobilières échues à la femme tombent dans l'actif de la communauté ; le mari peut les accepter sans le concours de sa femme ; donc, dit-on, il est successible, et ne peut pas être écarté par le retrait. Il est vrai que, sous le régime de la communauté, la femme transporte à la communauté tous ses droits mobiliers présents et futurs ; mais tout ce qui en résulte, c'est que le mari, comme chef de la communauté, est cessionnaire et ayant cause de la femme, c'est toujours elle qui reste successible ; donc le mari ne l'est pas. La jurisprudence est hésitante, mais les principes ne laissent aucun doute (1).

**351.** Il est arrivé que le cédant s'est fait rétrocéder les droits successifs qu'il avait vendus ; peut-il être écarté par le retrait ? Il a été jugé qu'il n'y avait pas lieu au retrait (2). En effet, le cédant reste successible ; donc on n'est pas dans les termes de la loi, et l'article 841 étant de stricte interprétation, il n'est pas permis de s'écarter de la lettre sous le prétexte de suivre l'esprit. On objecterait vainement que le successible ayant vendu ses droits ne

n° 1945) et cassation, 24 novembre 1847 (Dalloz, 1847, 4, 427). En sens contraire, les arrêts rapportés dans Dalloz, au mot *Succession*, n°s 1947 et 1948.

(1) Demolombe, t. XVI, p. 37, n° 32 et les autorités qu'il cite.

(2) Orléans, 29 février 1832 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1959). La doctrine est dans le même sens (Demolombe, t. XVI, p. 29, n° 28 et les auteurs qu'il cite).

peut plus se présenter à l'hérédité; qu'il ne le peut que comme cessionnaire, et que par suite le retrait est admissible. Le texte répond à l'objection, et la raison est d'accord avec le texte : le successible, après la rétrocession, n'est-il pas replacé dans la position où il était avant d'avoir cédé ses droits? C'est un héritier qui se présente au partage; ne serait-il pas singulier que l'héritier fût écarté?

En serait-il de même si le cédant achetait les droits d'un de ses cohéritiers? L'affirmative a été jugée, et avec raison, à notre avis (1). On dit que le cédant, bien que successible, n'a, dans l'espèce, d'autre qualité pour intervenir au partage que celle de cessionnaire. Cela est vrai, mais il faut ajouter que ce cessionnaire est successible; or, un successible ne peut être écarté par le retrait; le texte est formel, et dans une matière exceptionnelle, il faut s'en tenir au texte; c'est un principe admis par la doctrine et consacré par la jurisprudence, et ce principe décide la question.

### III. *Qui peut exercer le retrait?*

**352.** Aux termes de l'article 841, le cessionnaire peut être écarté du partage, soit par tous les *cohéritiers*, soit par un seul. Le mot *cohéritier*, dont la loi se sert deux fois dans l'article 841, est synonyme de *successible* : c'est-à-dire que tous ceux qui viennent à la succession, n'importe à quel titre, comme successeurs *ab intestat*, réguliers ou irréguliers, ou comme légataires ou donataires, peuvent exercer le retrait. Il résulte de là qu'il y a analogie complète entre la question de savoir qui peut exercer le retrait et la question de savoir contre qui le retrait peut être exercé. En effet, l'action est admise contre tout cessionnaire qui n'est pas lui-même successible, et qui par conséquent n'a aucune qualité par lui-même de participer au partage; de même l'action appartient à celui qui est suc-

(1) Amiens, 11 janvier 1839 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1957). En sens contraire, Demolombe, t. XVI, p. 31, n° 29.

cessible et qui, à ce titre, est intéressé à écarter du partage des cessionnaires qui ne le sont pas. De là une règle d'interprétation qui décide d'avance toutes les difficultés de la matière : peut exercer le retrait toute personne contre laquelle il ne pourrait être exercé (1).

**353.** On a porté devant les tribunaux et jusque devant la cour de cassation des questions qui ne méritaient pas cet honneur. Le légitimaire, réduit à sa réserve, peut-il exercer le retrait? Si le légitimaire n'était qu'un créancier, la question se comprendrait, mais il est héritier par excellence, puisque aucun acte du défunt ne peut le dépouiller de son droit; saisi malgré lui, il a un droit dans les biens, il est successible, c'est à lui que le légataire universel doit s'adresser pour faire le partage : peut-on demander sérieusement s'il a le droit d'écarter un cessionnaire (2)?

Il est tout aussi évident que l'action en retrait appartient à l'héritier bénéficiaire. N'est-il pas héritier? n'a-t-il pas tous les droits dont jouit l'héritier? Il n'y a qu'une différence entre lui et l'héritier pur et simple, c'est que le patrimoine du défunt ne se confond pas avec le sien; et qu'est-ce que cela a de commun avec le retrait (3)?

**354.** La succession dévolue à des collatéraux ou à des ascendants se divise entre les deux lignes; un parent de la ligne paternelle cède ses droits successifs : les héritiers de la ligne maternelle peuvent-ils exercer le retrait? Il faut appliquer la solution que nous avons donnée à la question analogue de savoir si le cessionnaire peut être écarté du partage par un héritier de la ligne à laquelle n'appartient pas le cédant (n° 345). La question est identique; il y a quelque incertitude dans la jurisprudence; il faut espérer que l'arrêt de la cour de cassation que nous avons cité y mettra fin (4).

**355.** Celui qui renonce à la succession pour s'en tenir

(1) Belost-Jolimont sur Chabot, t. II, p. 336, note 6. Demolombe, t. XVI, p. 43, n° 36.
(2) Rejet, 3 mai 1830 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1880).
(3) Amiens, 13 mars 1806 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1872); Bordeaux, 16 mars 1832 (*ibid.*, n° 9.0).
(4) Rejet, 2 juillet 1862 (Dalloz, 1862, 1, 431). Demolombe, t. XVI, p. 52, n° 54.

à un don ou à un legs peut-il exercer le droit de retrait? Il pourrait être écarté s'il se rendait cessionnaire, dès lors il ne peut pas exercer l'action. La cour de cassation l'a jugé ainsi dans une espèce où il y avait quelque doute sur la nature de la donation. Par contrat de mariage, le père de la future lui avait donné entre vifs le quart dans deux corps de ferme; la donation, quoique faite par quotité, était à titre particulier, car elle ne donnait pas au donataire un quart de tous les biens du donateur; le donataire avait seulement le quart de deux domaines, dont la consistance était déterminée avec soin dans l'acte. Donc le donataire cessait d'être successible, et partant il ne pouvait pas exercer le retrait (1).

L'héritier exclu par le défunt ne peut pas exercer le retrait, car il ne succède pas. Mais il n'est pas exclu quand l'hérédité est absorbée par des legs particuliers; car il reste héritier, et, comme tel, c'est lui qui préside au partage; s'il y a des legs qui tombent, c'est lui qui en profite (2).

**356.** Si l'héritier qui avait droit au retrait vient à mourir, ceux qui lui succèdent *ab intestat*, ou comme légataires ou donataires universels, pourront-ils exercer l'action? Il y a un arrêt pour la négative, mais si mal motivé, que l'on ne peut y attacher aucune autorité (3). Le retrait appartient à celui qui vient à la succession; or, le successeur universel de l'héritier recueille le droit héréditaire, et l'exerce comme l'aurait fait le défunt; pourquoi ne succéderait-il pas à l'action en retrait qui appartenait au défunt, aussi bien qu'à tous ses autres droits? Nous ne voyons pas même un motif de douter.

**357.** Un héritier cède ses droits successifs; peut-il encore user du droit de retrait contre le cessionnaire d'un cohéritier? L'affirmative n'est guère douteuse, s'il n'a cédé qu'une partie de ses droits; car il reste héritier et il vient au partage; on est donc dans le texte et dans l'esprit de

(1) Rejet de la chambre civile, 2 décembre 1829 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1872, 2°).
(2) Rejet, 16 juillet 1861 (Dalloz, 1861, 1, 473).
(3) Toulouse, 20 août 1819 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1874).

la loi. Vainement dit-on qu'appelant lui-même un étranger au partage, il ne peut plus écarter un autre étranger (1) : c'est ajouter à la loi qui ne connaît pas cette fin de non-recevoir. Il y a quelque doute lorsque l'héritier a vendu tous ses droits ; on peut lui objecter qu'il ne vient pas au partage, que partant il est sans intérêt et sans droit pour en écarter un cessionnaire (2). Nous croyons que l'action en retrait est admissible. Le texte est formel : tout cohéritier peut exercer le retrait ; or, celui qui cède ses droits successifs reste héritier, et dans la matière du retrait, le texte est décisif.

**358.** Le cédant meurt ; un de ses cohéritiers lui succède : peut-il exercer le retrait? Il y a un motif de douter qui a entraîné d'abord la cour de cassation. Le cédant ne peut évidemment pas exercer le retrait contre le cessionnaire ; il serait repoussé, dit la cour, par l'exception de garantie ; or, l'héritier succède aux obligations du défunt ; donc il ne peut pas plus que lui agir en retrait ; tenu à garantir, il ne peut pas évincer (3). La cour de cassation est revenue de cette jurisprudence ; c'est à tort qu'elle avait invoqué l'adage de la garantie. En effet, celui qui cède des droits héréditaires ne doit pas garantie au cessionnaire, donc il n'y a pas lieu à l'adage. Il faut par conséquent décider qu'à la vérité l'héritier du cédant ne peut pas, en cette qualité, exercer le retrait ; mais, dans l'espèce, l'héritier du cédant a encore une autre qualité, celle de cohéritier du cédant et, à ce titre, rien ne l'empêche d'agir en retrait (4).

**359.** L'action en retrait appartient-elle à tous les successibles, ou ne peut-elle être exercée que par les héritiers légitimes? Il y a une raison de douter. L'article 841 se sert de l'expression de *cohéritier* ; or, le mot d'*héritiers* ne se dit pas des enfants naturels, des légataires ni des donataires. N'est-ce pas le cas d'appliquer la règle d'in-

(1) Bastia, 23 mars 1835 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1884).
(2) Demolombe, t. XVI, p. 50, n° 49. En sens contraire, Dalloz, au mot *Succession*, n° 1884.
(3) Cassation, 27 juin 1832 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1937).
(4) Cassation, 15 mai 1844 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1881).

terprétation qui commande de s'en tenir strictement au texte? On peut de plus invoquer l'esprit de la loi et soutenir que c'est dans l'intérêt de la famille que le retrait est accordé aux membres de la famille, ce qui exclut les légataires et donataires. Toutefois l'opinion contraire nous paraît mieux fondée. Sans doute, il faut s'en tenir au texte, mais cela n'empêche pas d'interpréter le texte ; or, le mot *héritier*, dans l'article 841, est synonyme de successible, et s'applique à tous ceux qui viennent à la succession. L'esprit de la loi est en harmonie avec le texte : tous ceux qui, à titre de successibles, interviennent au partage ont intérêt et par conséquent droit à en écarter les étrangers (1).

La jurisprudence est en ce sens. Il a été jugé que l'enfant naturel a le droit de retrait, car il est successible, et comme tel il intervient au partage (2). Les légataires universels sont assimilés en tout aux héritiers, il n'y a entre eux qu'une différence de nom ; ils succèdent, ils ont la saisine, ils figurent au partage ; sous quel prétexte leur refuserait-on le droit de retrait (3)? Quant aux légataires à titre universel, bien qu'ils n'aient jamais la saisine, ils sont successibles, tenus des dettes, ils interviennent au partage ; il y a donc même motif de décider. La cour de cassation, tout en consacrant notre solution, dit que les légataires à titre universel ne sont pas *successibles* : n'y a-t-il pas contradiction entre la décision et le considérant? Si les légataires à titre universel ne sont pas successibles, il faut leur refuser le droit de retrait ; et si on le leur accorde, on ne peut pas leur refuser la qualité qui leur donne ce droit (4). Les héritiers contractuels sont mis en tout sur la même ligne que les légataires ; ils doivent donc jouir du retrait, peu importe qu'ils soient universels ou à titre universel (5).

(1) Demolombe, t. XVI, p. 46, n° 40. En sens contraire, Zachariæ, édition de Vergé et Massé, t. IV, p. 336 et suiv., et Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, p. 471, n° 682.

(2) Arrêts de rejet du 8 juin 1826 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1879) et du 15 mars 1831 (Dalloz, au mot *Paternité*, n° 502).

(3) Lyon, 17 juin 1825 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1909).

(4) Bastia, 23 mars 1835 ; Rejet, 2 décembre 1829 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1875 et 1876).

(5) Bordeaux, 19 juillet 1826 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1875).

**360.** Les successeurs à titre particulier, légataires ou donataires, n'ont pas l'action en retrait; ils ne sont pas héritiers, et n'ont pas le droit de concourir au partage; ils sont donc sans intérêt et sans droit (1). Il suit de là que les légataires ou donataires de l'usufruit de tous les biens ou d'une quotité des biens ne peuvent pas exercer le retrait successoral. Les motifs de décider sont les mêmes que ceux que nous avons fait valoir pour décider que le retrait peut être exercé contre eux (n° 349). La jurisprudence est divisée (2).

**361.** Les créanciers de l'héritier peuvent-ils exercer le droit de retrait en son nom? On admet généralement la négative, et avec raison. Les créanciers ne peuvent pas exercer les droits qui sont exclusivement attachés à la personne de leur débiteur; tels sont les droits qui ont un caractère moral. Or, il est incontestable que c'est uniquement dans un intérêt moral que la loi a accordé le droit de retrait. Il ne s'agit donc pas ici d'une de ces actions pécuniaires que les créanciers ont droit d'intenter au nom de leur débiteur. Cela est aussi fondé en raison : c'est aux héritiers à voir s'il leur convient d'admettre le cessionnaire au partage; si eux y consentent, c'est qu'il n'y a rien à craindre pour le repos de la famille; dès lors les créanciers sont sans intérêt et sans droit (3).

### IV. *Quelles cessions donnent lieu au retrait.*

**362.** L'article 841 veut que la cession soit faite par un *cohéritier*. Cette expression comprend, comme nous venons de le dire (n° 359), tous ceux qui sont appelés à la succession à titre universel. Si on la limitait aux héritiers légitimes, il en résulterait une anomalie inexplicable; le cessionnaire d'un enfant naturel, d'un légataire, d'un donataire serait admis au partage, tandis que le ces-

(1) Nîmes, 3 mai 1827; Rejet, 2 décembre 1829 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1878, 1° et 2°).
(2) En faveur des usufruitiers, Bourges, 4 mars 1843 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1948, 2°). Contre, cassation, 24 novembre 1847 (Dalloz, 1847, 4, 447). Comparez le tome VII de mes *Principes*, p. 50, n° 37.
(3) Voyez les autorités citées par Demolombe, t. XVI, p. 58, n° 60.

sionnaire d'un parent légitime en serait exclu. Cela prouve qu'en matière de retrait on ne doit tenir aucun compte de la nature du titre, il ne faut considérer que le titre : est-il universel, le cessionnaire aurait le droit de concourir au partage, donc il en peut être écarté : est-il à titre particulier, le cessionnaire pas plus que le cédant ne serait admis au partage, donc il n'y a pas lieu au retrait. Par application de ce principe, il faut décider que la cession d'un usufruit universel ou à titre universel ne donne pas aux héritiers le droit d'agir en retrait contre le cessionnaire (1).

**363**. L'article 841 exige une seconde condition pour que la cession soit sujette à retrait : il faut que l'héritier cède son *droit à la succession*. Il se peut donc qu'une cession ait été faite par un héritier, et que néanmoins les cohéritiers du cédant n'aient pas le droit d'agir en retrait contre le cessionnaire. Quand la cession donne-t-elle, quand ne donne-t-elle pas lieu au retrait? L'expression *droit à la succession* a un sens précis, elle est synonyme de droit héréditaire; il faut donc que l'héritier ait cédé le droit qui lui appartient en sa qualité d'héritier, c'est-à-dire le droit qu'il tient de la loi ou de la volonté du défunt. En d'autres termes, la cession est une vente de l'hérédité, c'est-à-dire d'une universalité juridique, qui comprend l'actif et le passif héréditaires.

Faut-il que la cession ait pour objet tout le droit du cédant? Tout le monde admet que la cession d'une quote-part de l'hérédité autoriserait le retrait. L'esprit de la loi le veut ainsi et le texte n'est pas contraire. Quel est le but du retrait? C'est d'écarter les étrangers du partage; or, les cessionnaires d'une quote-part ont le droit de venir au partage, aussi bien que les cessionnaires de tout le droit héréditaire du cédant : il faut donc qu'on puisse les écarter par le retrait. La cession, alors même qu'elle a pour objet tout le droit du cédant, ne comprend qu'une fraction de l'hérédité; pourquoi la cession d'une fraction moindre n'autoriserait-elle pas le retrait? Le texte ne s'y oppose

(1) Zachariæ, édition d'Aubry et Rau, t. II, p. 567 et note 16. Demolombe, t. XVI, p. 76, nos 75-77.

pas : il dit *son droit*; il ne dit pas : *tout* son droit. L'opinion contraire prêterait au législateur une volonté absurde; il permettrait d'écarter un seul et unique cessionnaire de l'héritier, et il admettrait au partage dix cessionnaires du même héritier (1)!

Que faut-il décider si la cession comprend, outre la part de l'héritier cédant, celle d'un cohéritier qu'il avait acquise? Le retrait successoral pourrait-il être exercé pour cette dernière part? L'affirmative a été jugée, et elle ne souffre aucun doute (2). En effet, les inconvénients que la loi a voulu prévenir en établissant le retrait successoral se présentent pour l'une comme pour l'autre partie; l'esprit de la loi est décisif, et le texte n'est pas contraire.

**364.** Le retrait peut-il être exercé lorsque la cession porte sur un ou plusieurs objets déterminés de la succession? C'est une des questions les plus controversées de cette difficile matière. Nous n'hésitons pas à la décider négativement. Le texte est formel : pour qu'il y ait lieu au retrait, il faut que le cohéritier ait cédé son *droit à la succession*. Est-ce que la cession qu'un héritier fait de son droit dans tel immeuble est la cession de son droit à *la succession?* Non, certes. Donc elle ne rentre pas dans les termes de l'article 841; or, cette disposition est une exception au droit commun et, à ce titre, de stricte interprétation; il n'est pas permis de l'étendre. Dès que l'on ne se trouve pas dans les termes de la loi, il n'y a pas lieu au retrait : cela décide notre question. On objecte que le cessionnaire pourra intervenir au partage pour veiller à ce qu'il ne se fasse pas en fraude de ses droits (art. 882). Cela est vrai, mais cela n'autorise pas le retrait; tout créancier a ce droit; donc le cessionnaire use d'un droit commun, il agit comme créancier et non comme cessionnaire (3). D'ailleurs, comme le dit un arrêt récent de la cour de cassation (4), autre chose est l'intervention au par-

(1) Voyez les autorités citées par Zachariæ, édition d'Aubry et Rau, t. II, p. 566, note 13, et par Demolombe, t. XVI, p. 79, n° 80.
(2) Rejet, 12 août 1868 (Dalloz, 1871, 5, 342).
(3) Aubry et Rau sur Zachariæ, t. II, p. 567, note 15; Demolombe, t. XVI, p. 83, n° 83 et les autorités qu'ils citent.
(4) Rejet, 23 mars 1870 (Dalloz, 1870, 1, 422). Voyez, dans le même sens,

tage en vertu de l'article 882, autre chose est le concours à toutes les opérations qui précèdent le partage : le cessionnaire d'un objet déterminé n'a pas le droit de prendre part à la liquidation de la succession, parce qu'il n'y a aucun intérêt ; il a seulement le droit d'assister à la formation et à la distribution des lots, pour veiller à ce qu'on ne mette pas l'objet qui lui a été cédé dans le lot d'un autre héritier que le cédant. Or, dès que le cessionnaire n'a pas le droit de concourir à toutes les opérations du partage, le retrait n'a plus de raison d'être.

Il y a des arrêts en sens contraire : ils partent d'un principe que nous ne pouvons pas admettre. Tout en avouant que la disposition de l'article 841 est exceptionnelle, on dit que la loi régit tous les cas qu'embrasse son esprit, bien que la lettre n'en comprenne que quelques-uns (1) : c'est consacrer l'interprétation extensive, dans une matière tout à fait exorbitante du droit commun, alors qu'il est de principe que les exceptions ne s'étendent pas, fût-ce par des raisons d'analogie.

La jurisprudence des cours de Belgique est conforme à notre opinion (2).

**355.** Ne faut-il pas admettre une exception dans le cas où il est jugé en fait que la cession, à raison des circonstances de la cause, donne au cessionnaire le droit d'intervenir dans la liquidation de la succession? Il y a des arrêts en ce sens (3). A première vue, on serait tenté d'admettre le retrait, puisqu'il a pour objet d'écarter le cessionnaire du partage. Cependant nous préférerions l'opinion qui se fonde sur le texte de la loi ; le texte est si clair qu'il ne permet aucune distinction : dès qu'il n'y a pas cession d'un droit à la succession, il n'y a pas lieu au re

deux arrêts de rejet du 9 septembre 1806 et du 22 avril 1808 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1921, et au mot *Mariage*, n° 834, 1°), et un grand nombre d'arrêts de cours d'appel cités dans Dalloz, au mot *Succession*, n° 1920.

(1) Pau, 14 mai 1830 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1920).

(2) Bruxelles, 2 décembre 1817 (très-bien motivé), 14 mai 1829, 26 janvier 1863 (*Pasicrisie*, 1817, p. 528 ; 1829, p. 178 ; 1863, 2, 173) ; Liége, 28 avril 1818, 21 octobre 1824, 5 août 1839 (*Pasicrisie*, 1818, p. 88 ; 1824, p. 202 ; 1839, 2, 175).

(3) Riom, 3 mars 1814 ; Bourges, 9 mars 1842 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1927). Chabot, t. II, p. 324, n° 9 de l'article 841.

trait. Dans la doctrine des arrêts que nous combattons, la question deviendrait une difficulté de fait : il y aurait ou il n'y aurait pas lieu au retrait, selon que les affaires de la succession nécessiteraient l'intervention du cessionnaire ou la rendraient inutile. Ce n'est pas là le système du code. Les conditions du retrait sont une question de droit; le texte la décide, et il n'est pas permis à l'interprète d'étendre la lettre de la loi dans une matière essentiellement exceptionnelle.

Il n'y a qu'un cas dans lequel on pourrait admettre une exception, parce que l'exception rentrerait réellement dans la règle, c'est quand la cession comprend de fait tous les droits du cédant, bien que, en apparence, elle ne porte que sur des objets déterminés. Ainsi toute la succession se compose d'un immeuble; l'héritier qui cède le droit qu'il a dans cet immeuble cède réellement son droit à la succession (1); or, dans une matière où la fraude est si facile et si fréquente, il faut s'attacher non à ce que les parties ont déclaré dans leur convention, mais à ce qu'elles ont fait et voulu faire. Il a été jugé en ce sens par la cour de cassation qu'il y a lieu à retrait lorsque la cession, quoique désignant des biens déterminés, s'étend à l'universalité de l'hérédité mobilière ou immobilière : l'énumération détaillée des biens, dit la cour, n'ôte point à la vente qui en est faite son caractère de cession totale du droit à la succession; autrement il dépendrait des parties d'éluder et d'anéantir les effets de l'article 841 (2). La jurisprudence est conforme à cette doctrine (3).

**365.** Le partage laisse certains immeubles indivis. Si l'un des héritiers cède sa part dans ces immeubles, il est certain qu'il ne peut être question de retrait, car la cession a pour objet, non un droit de succession, mais un droit de copropriété. On n'est plus dans le texte de l'arti-

(1) Rennes, 24 février 1818; Bourges, 16 décembre 1833 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1928, 3°). Liége, 23 novembre 1816 (*Pasicrisie*, 1816, p. 238).
(2) Cassation, 16 mai 1848 (Dalloz, 1848, 1, 125). Demolombe, t. XVI, p. 86, n° 84.
(3) Voyez les arrêts cités par Dalloz, au mot *Succession*, n° 1928. Il faut ajouter Liége, 21 octobre 1824 (*Pasicrisie*, 1824, p. 202) et 24 décembre 1867 (*Pasicrisie*, 1868, 2, 87).

cle 841 ; même en laissant le texte de côté, l'esprit de la loi suffirait pour écarter la demande de retrait. Il n'y a plus de succession ; donc le cessionnaire ne peut pénétrer dans les secrets de la famille, ni entraver le partage par de mauvaises chicanes ; tout est consommé, il ne reste qu'à partager un objet déterminé (1).

On ne peut faire un pas dans cette matière sans rencontrer la fraude : le droit de retrait la provoque, pour ainsi dire, en violant la liberté d'acheter et de vendre. Il s'est présenté un cas dans lequel la cession faite après le partage ne formait qu'un avec l'acte de vente passé avant le partage ; pour rendre le retrait impossible, les parties avaient résilié le premier acte ; mais la résiliation était frauduleuse, ainsi que la seconde cession. La cour de cassation décida que la fraude était évidente, elle autorisa en conséquence le retrait (2) : la fraude fait toujours exception.

**367.** Il a été jugé que la donation de droits successifs n'est pas sujette à retrait (3). Cette décision est fondée sur le texte et sur l'esprit de la loi. L'article 841 accorde le droit de retrait contre la personne à laquelle un cohéritier aurait *cédé* son droit à la succession ; or, le mot *céder*, dans le langage du code, signifie vendre. C'est l'acheteur qui peut être écarté du partage, parce qu'on suppose qu'il est animé de mauvais sentiments ; ces soupçons tombent quand il s'agit d'un donataire ; on ne présume pas chez lui ce mobile de cupidité qui fait écarter du partage un acheteur avide et brouillon. D'ailleurs la condition du retrait ne pourrait être remplie : la loi exige que l'héritier qui l'exerce rembourse le prix de la cession, ce qui implique encore l'existence d'une vente.

Cette condition, plus que toute autre, prête à la fraude ; il va sans dire que si la donation cache une vente, elle sera sujette au retrait. D'un autre côté, s'il y a des charges,

(1) Rejet, 26 novembre 1861 (Dalloz, 1862, 1, 335). Comparez les arrêts cités par Dalloz, au mot *Succession*, nos 1923 et 1924. Il faut ajouter Paris, 28 mars 1854 (Dalloz, 1855, 5, 394).
(2) Rejet, 4 novembre 1829 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1989).
(3) Lyon, 17 juin 1825 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1909). Chabot, t. II, p. 325, n° 10.

la donation peut n'être en réalité qu'une vente. C'est aux tribunaux à apprécier l'acte d'après les circonstances de la cause. Il ne faut pas que les héritiers se prévalent de la moindre charge pour en induire qu'il y a cession; mais si les charges égalent le montant de la libéralité, il y aura vente plutôt que libéralité (1).

**358.** Aux termes de l'article 1701, le retrait litigieux cesse lorsque la cession a été faite à un créancier en payement de ce qui lui est dû. Faut-il appliquer cette exception par analogie au retrait successoral? C'est l'avis d'un excellent jurisconsulte; mais Demante a un défaut dont il faut se défier : il aime à trancher les questions par des motifs de théorie, c'est-à-dire qu'il fait la loi au lieu de se borner à l'interpréter. Sans doute, la cession a, dans ce cas, un motif légitime (2); mais où est-il dit qu'un motif légitime exclut le retrait? La loi s'en rapporte, à cet égard, aux cohéritiers du cédant; c'est à eux à voir s'il convient d'écarter le cessionnaire; ce n'est pas au cessionnaire à leur opposer une fin de non-recevoir qui n'est pas écrite dans la loi; quant à celle que l'article 1701 permet d'invoquer, c'est une exception, ce qui suffit pour qu'on ne puisse l'étendre. Il y a un arrêt en ce sens (3).

**359.** L'échange pourrait aussi être invoqué comme une juste cause qui exclut les suppositions fâcheuses auxquelles prête la cession de droits successifs contre le cessionnaire. Il y a encore d'autres raisons en ce sens. L'article 841 n'est-il pas de la plus stricte interprétation? Or, il exige la restitution du prix, et en cas d'échange, il n'y a pas de prix. Les auteurs se prononcent cependant tous pour le retrait, et la cour de cassation a consacré cette doctrine (4). Il y a un motif qui nous paraît déterminant, c'est la tradition, et l'article 841 est une disposition traditionnelle. L'objection de texte n'est pas décisive; il est vrai

(1) Rejet, 4 juin 1834 et Angers, 17 décembre 1824 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1905).
(2) Demante, t. III, p. 261, n° 171 *bis* VI.
(3) Bourges, 18 juillet 1808 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1913). Demolombe, t. XVI, p. 102, n° 99.
(4) Rejet, 19 octobre 1814 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1914). Voyez les auteurs cités *ibid*.

que le mot *céder* suppose une vente; mais l'échange est une espèce de vente : l'article 1707 assimile entièrement les deux contrats. Peu importe qu'il n'y ait pas de prix; l'échangiste sera indemnisé par le retrayant, c'est tout ce qu'il peut demander.

**370.** Il a été jugé que le retrait s'applique à l'acquisition de droits successifs faite par voie d'adjudication judiciaire (1). Cette décision soulève plus d'un doute. L'article 841 suppose que c'est le cohéritier qui cède ses droits successifs, tandis que, dans l'espèce, c'est la justice, dit-on, qui vend. Non, la justice ne vend jamais, car pour vendre il faut être propriétaire; or, ce n'est certes pas la justice qui, dans l'espèce, est héritière et qui vend ses droits successifs. On fait une autre objection. L'adjudicataire, dit Pothier, n'est pas un de ces odieux acheteurs que la loi permet d'écarter; c'est la justice elle-même qui l'invite à acheter, pour mieux dire, la loi par la publicité qu'elle donne à la vente. Il est certain qu'il y a une différence entre l'adjudicataire et l'acheteur; mais suffit-elle pour admettre une exception? Car ce serait une véritable exception : et y a-t-il une exception sans texte?

**371.** Nous avons dit que les fraudes ne manquent point en matière de retrait, et la fraude fait toujours exception, sans qu'il soit besoin d'un texte; le législateur ne doit pas dire qu'il défend de frauder ses dispositions; la notion même de la loi implique cette défense. Nous ne dirons pas quels sont les moyens frauduleux auxquels on recourt pour échapper au retrait; l'intérêt est malheureusement plus ingénieux à ourdir des fraudes que la justice à les découvrir. Le mandat que le cédant donne au cessionnaire de le représenter dans les opérations du partage est une des fraudes les plus usuelles et les plus faciles (2). Comment se prouve la fraude? D'après le droit commun; donc, comme nous le dirons au titre des *Obligations*, par témoins, et par présomptions simples abandonnées à la prudence du magistrat.

(1) Dijon, 19 juillet 1843 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1917). En sens contraire, Demolombe, t. XVI, p. 105, n° 100.
(2) Rejet, 23 novembre 1842 (Dalloz, au mot *Mandat*, n° 21).

### V. *De l'action en retrait.*

**372.** L'article 841 dit que le retrait peut être exercé, soit par tous les cohéritiers, soit par un seul. C'est donc un droit qui appartient à chaque héritier individuellement; ils peuvent se réunir pour agir, mais chacun d'eux peut aussi demander le retrait pour son compte. Si tous agissent, ils se partagent le bénéfice de l'action. Est-ce par tête, ou à raison de leur droit héréditaire? Il nous semble que c'est par part virile; car chaque héritier a le droit d'agir pour le tout; donc sa part héréditaire n'est pas prise en considération, et ne peut influer sur le résultat de l'action (1). Si l'un des héritiers agit seul, il profitera seul du retrait, et il en profitera pour le tout; le défendeur ne peut pas lui opposer qu'il n'est qu'héritier partiel, car la loi lui donne le droit d'agir seul, et naturellement pour le tout, puisque le but du retrait exige qu'il soit exercé pour le tout (2).

**373.** Chacun des héritiers ayant un droit égal, il peut s'élever un conflit entre eux; si un seul agit, les autres pourront-ils intervenir? et jusqu'à quel moment? Il y a sur cette question une grande divergence d'opinions. Les uns disent que les cohéritiers peuvent intervenir jusqu'à ce que le retrait soit consommé par la restitution du prix; d'autres leur permettent de prendre part à l'action tant qu'il n'y a pas de jugement passé en force de chose jugée; enfin Duranton enseigne que la sommation que l'héritier adresse au cessionnaire lui assure la préférence. Nous nous rangeons à ce dernier avis (3). Les mots d'action et d'intervention induisent en erreur; ils supposent que l'héritier forme une demande judiciaire; or, aucune disposition n'exige que le retrait soit prononcé par le juge; il suffit que l'un des héritiers le demande et que le cessionnaire y

(1) En sens contraire. Chabot, t. II, p. 327, n° 15 de l'article 841, suivi par Demolombe, t. XVI, p. 66, n° 68.

(2) Rejet, 14 juin 1820 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1901).

(3) Duranton, t. VII, p. 286, n° 199. Voyez la doctrine et la jurisprudence dans Dalloz, au mot *Succession*, n°s 1894-1898. Comparez Demolombe, t. XVI, p. 72, n° 72.

consente, et ce consentement est forcé. Que faut-il donc pour que le retrayant ait acquis un droit exclusif au retrait? Il suffit qu'il ait manifesté la volonté d'user du droit que la loi lui accorde; il n'est pas même nécessaire qu'il emploie les formes solennelles de la sommation, car la loi ne prescrit aucune forme. On objecte que les autres héritiers ont un droit égal à celui de l'héritier qui exerce le retrait, et on en conclut qu'ils peuvent en user jusqu'à ce que le retrayant ait un droit acquis. Cette objection donne une fausse idée du retrait; ce n'est pas un bénéfice pécuniaire que la loi accorde et qu'elle divise entre les héritiers; c'est un droit qui tend à écarter le cessionnaire du partage, donc un droit moral, et les droits moraux ne se divisent point. Le but de la loi est atteint dès que l'un des héritiers agit; dès lors l'intervention des autres n'a point de raison d'être.

**371.** Par application des mêmes principes, il faut décider que le retrayant n'est pas tenu de communiquer le bénéfice du retrait à ses cohéritiers. Les auteurs sont divisés sur cette question ainsi que les tribunaux; nous n'y voyons aucun doute, malgré le dissentiment de Merlin. On se méprend sur la nature du retrait; nous répétons que ce n'est pas un bénéfice, c'est un droit moral. Dès lors il faut écarter le prétendu principe en vertu duquel l'héritier qui traite sur un objet concernant la succession est censé agir dans l'intérêt commun des héritiers (1). Cette maxime, vraie ou fausse, est étrangère au débat. Sans doute, l'héritier qui exerce le retrait agit dans l'intérêt de tous ses cohéritiers; mais quel est cet intérêt? C'est que le cessionnaire soit écarté du partage. Eh bien, cet intérêt, purement moral, est sauvegardé par cela seul que l'héritier agit en retrait; dès lors l'action est épuisée, et les cohéritiers sont en réalité sans intérêt, et partant sans droit. Quant au profit que le retrayant retire de son action, c'est une chose secondaire; il se peut aussi qu'il fasse une mauvaise affaire; dans ce cas, il n'aurait certes pas de recours contre ses cohéritiers; ne serait-il pas injuste que

(1) Voyez, plus haut, nos 216 et 224.

ceux-ci eussent une part dans les bénéfices alors qu'ils n'en ont pas dans les pertes (1)?

**335.** Quand les héritiers peuvent-ils et quand doivent-ils agir? Il a été jugé que les héritiers peuvent agir dès qu'il y a cession; en effet, ils puisent leur droit dans la cession; donc, dès qu'il y a un cessionnaire, ils peuvent exercer le retrait. On objecte les termes de l'article 841, d'après lequel les héritiers ont le droit d'écarter le cessionnaire du partage; on en conclut qu'il doit y avoir partage et que le cessionnaire doit s'y présenter. C'est mal raisonner. Les mots *écarter du partage* indiquent le but du retrait, ils n'établissent pas une condition requise pour que l'action puisse être formée (2).

Les héritiers peuvent exercer le retrait, aussi longtemps que le partage n'est pas consommé. Il n'y a pas de délai fatal dans lequel ils doivent agir. Ils n'ont pas même besoin de former une demande; s'ils restent dans l'indivision, leur droit ne peut pas se prescrire; car l'action en partage est imprescriptible tant qu'il y a indivision, donc le droit d'écarter le cessionnaire du partage ne se prescrit pas non plus (3). Une fois le partage consommé, le retrait n'a plus de raison d'être. La demande du cessionnaire ne tend qu'à la délivrance des objets mis dans le lot du cédant; il ne peut plus s'agir de l'écarter du partage, puisqu'il n'y a plus de partage. Mais il peut y avoir plusieurs partages. Lorsque la succession se divise par lignes, il se fait un premier partage entre les deux lignes; si un parent paternel a cédé ses droits successifs, les héritiers de la ligne maternelle ne peuvent plus exercer le retrait après le premier partage, mais rien n'empêche les héritiers de la ligne

(1) Zachariæ, édition d'Aubry et Rau, t. II, p. 569 et note 22, et les autorités qui y sont citées. Il faut ajouter Demante, t. III, p. 259, n° 171 *bis* IV; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, p. 471, n° 683, et Demolombe, t. XVI, p. 67, n° 71. Voyez la jurisprudence dans Dalloz, au mot *Succession*, n^os^ 1890 et 1891. Ajoutez Bruxelles, 10 novembre 1820 (*Pasicrisie*, 1820, p. 243).

(2) Rejet, 10 août 1836, de la cour de cassation de Belgique (*Pasicrisie*, 1836, 1, 297). Comparez Demolombe, t. XVI, p. 134, n° 123.

(3) Chabot, t. II, p. 330, n^os^ 19 et 20 de l'article 841. Duranton, t. VII, p. 290, n° 203. Zachariæ, t. II, p. 569 et note 24. Pau, 14 février 1860 (Dalloz, 1860, 2, 115 et les arrêts cités en note).

paternelle d'écarter le cessionnaire du second partage qui doit se faire entre les parents de cette ligne. De même s'il y a lieu à la représentation, il pourra y avoir plusieurs partages, et il y aura lieu au retrait de la part des héritiers qui sont appelés à prendre part au partage de la souche à laquelle ils appartiennent, bien qu'il y ait déjà eu des partages antérieurs (1).

**376.** Y a-t-il des cas dans lesquels le retrait successoral cesse? L'article 1701 dispose que le retrait litigieux cesse dans trois cas. D'abord lorsque la cession est faite à un cohéritier du droit cédé. Il est certain que si un héritier cède ses droits à un de ses cohéritiers, il n'y a pas lieu au retrait : l'article 841 le décide formellement, puisque le retrait ne peut être exercé que contre celui qui n'est point successible. Le retrait litigieux cesse encore, d'après l'article 1701, lorsque la cession est faite à un créancier en payement de ce qui lui est dû. Nous avons déjà dit que cette disposition n'est pas applicable au retrait successoral (n° 368). Reste le troisième cas, lorsque la cession est faite au possesseur de l'héritage sujet au droit litigieux. On a prétendu que cette exception recevait son application au retrait successoral. La cour de cassation n'a pas résolu la difficulté, parce que, dans l'espèce, le défendeur n'avait pas la possession de l'hérédité (2). Il nous semble qu'alors même que le cessionnaire eût été possesseur, il restait néanmoins soumis au retrait. L'article 1701 ne peut pas être étendu par analogie au retrait successoral, parce qu'il consacre des exceptions au retrait litigieux, ce qui suffit déjà pour en restreindre les dispositions à ce retrait, les exceptions ne s'étendant pas, fût-ce par analogie. Nous ajoutons que la prétendue analogie n'existe point. Pourquoi le retrait litigieux ne peut-il pas être exercé lorsque la cession est faite au possesseur de l'héritage sujet au droit litigieux? C'est parce que la cession a, dans ce cas, une cause légitime, celle de consolider la possession; donc

(1) Bruxelles, 12 février 1828 (*Pasicrisie*, 1828, p. 50). Pau, 14 février 1860 (Dalloz, 1860, 2, 115).

(2) Rejet, 16 juillet 1861 (Dalloz, 1861, 1, 473 et la note 3 de l'arrêtiste).

on ne peut plus imputer au cessionnaire l'esprit d'avidité à raison duquel le retrait litigieux a été introduit. Tandis que le retrait successoral tend à écarter les étrangers du partage; qu'importe donc que le cessionnaire soit en possession de l'hérédité? Il n'en reste pas moins étranger, puisque l'on suppose qu'il n'est pas successible. Cela décide la question (1).

**377.** Le droit de retrait cesse quand les héritiers y ont renoncé. Il y peuvent renoncer parce que ce droit n'est établi qu'en leur faveur (n° 342). La difficulté est de savoir quand il y aura renonciation. Elle peut être expresse ou tacite, comme toute manifestation de volonté. C'est sur la renonciation tacite qu'il s'élève des doutes. Il faut appliquer le principe général qui régit toute renonciation tacite : personne n'est présumé renoncer à un droit qui lui appartient ; on ne peut donc admettre la renonciation que lorsque les héritiers ont posé un fait qui implique nécessairement la volonté de renoncer. C'est essentiellement une question de fait et de circonstances.

Y a-t-il renonciation tacite quand les héritiers admettent le cessionnaire aux opérations préliminaires du partage? Il y a des auteurs qui enseignent l'affirmative; la jurisprudence s'est prononcée pour l'opinion contraire (2). Nous nous rangeons à ce dernier avis. Comme on l'a très-bien dit, les héritiers ne peuvent savoir s'ils sont intéressés à écarter le cessionnaire du partage, que lorsqu'ils ont été en contact avec lui; comment pourraient-ils le juger s'ils ne l'admettaient pas aux opérations préliminaires du partage? C'est précisément parce qu'il se montre brouillon dans ces premiers rapports, qu'il y aura lieu de l'écarter des opérations ultérieures.

On a jugé, au contraire, qu'il y a renonciation tacite lorsque les héritiers admettent le cessionnaire au partage d'une partie du mobilier héréditaire et à la vente de divers immeubles dépendants de la succession. Si les héritiers

(1) Comparez Demolombe, t. XVI, p. 139, n° 127 et les autorités qu'il cite.
(2) Zachariæ, édition d'Aubry et Rau, t. IV, p. 570, note 25 et les autorités qui y sont citées. Voyez la jurisprudence dans Dalloz, au mot *Succession*, n$^{os}$ 1984 et 1985.

entendaient écarter du partage le cessionnaire des droits successifs, ils ne consentiraient pas à partager le mobilier avec lui ; quant à la vente des immeubles, elle ne peut avoir lieu que du consentement de tous les héritiers ; vendre avec le cessionnaire, c'est donc le considérer comme héritier (1).

Il y a encore renonciation tacite au retrait lorsque l'héritier exécute l'acte de cession, en réglant, par une convention avec le cessionnaire, la part de celui-ci dans une dette de la succession. Dès que le cessionnaire est traité comme débiteur, il est par cela même accepté comme ayant cause de l'héritier cédant ; on renonce à l'écarter du partage, puisque l'on partage avec lui le passif (2).

De même il y a renonciation tacite quand l'héritier fait, conjointement avec le cessionnaire, donation à un tiers d'un bien indivis entre lui et le cessionnaire. Celui-ci n'a le droit de disposer d'un objet héréditaire que s'il est accepté comme ayant cause de l'héritier qui lui a cédé ses droits successifs ; c'est donc le traiter comme successible, ce qui implique la renonciation au droit de l'écarter comme étranger (3). Il en serait de même si le cessionnaire et l'héritier vendaient ou affermaient conjointement un immeuble de l'hérédité, il est vrai que donner à ferme n'est pas un acte de disposition ; mais le cessionnaire, étranger à l'hérédité, n'a aucune qualité pour affermer un bien de la succession, si ce n'est sa qualité d'ayant cause du cédant ; or, l'admettre à agir comme cessionnaire, c'est renoncer à lui enlever le bénéfice de la cession (4).

Si le cessionnaire a encore une autre qualité pour intervenir dans un acte concernant la succession que son titre d'ayant cause, on ne peut plus supposer que ce concours implique de la part de l'héritier l'intention nécessaire de renoncer au retrait. Il en serait ainsi si la femme était héritière et si le mari cessionnaire d'un cohéritier interve-

(1) Orléans, 18 mai 1839 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1986, 1°).
(2) Toulouse, 14 avril 1812 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1986, 2°).
(3) Limoges, 14 mars 1848 (Dalloz, 1850, 5, 410). Comparez Bordeaux, 28 juin 1844 ; Agen, 8 avril 1845 (Dalloz, 1845, 2, 123).
(4) Montpellier, 18 novembre 1853 (Dalloz, 1855, 2, 90).

naît dans la vente d'un immeuble de l'hérédité ; il y doit figurer pour autoriser sa femme ; dès lors on ne peut plus dire qu'il agit comme cessionnaire, et que la femme renonce à l'écarter du partage (1).

La renonciation, bien qu'expresse, pourrait être nulle comme étant contraire à une loi d'ordre public. Il va sans dire que, dans ce cas, le retrait subsiste. Une renonciation est consentie comme prix de l'engagement contracté par le cessionnaire de ne pas se présenter aux enchères des fruits saisis-brandonnés au préjudice de l'héritier ; ce pacte constitue un délit prévu par l'article 412 du code pénal ; il est radicalement nul, et il annule la renonciation (2).

### VI. *Conditions du retrait.*

**378.** L'héritier qui exerce le retrait doit rembourser au cessionnaire le prix de la cession. Ce sont les termes de l'article 841. D'après l'article 1699, celui qui exerce le retrait litigieux doit de plus payer les frais et loyaux coûts, avec les intérêts à compter du jour où le cessionnaire a payé le prix de la cession à lui faite. On s'accorde à dire que cette disposition est applicable au retrait successoral, parce qu'il y a même motif de décider. Il y a cependant un léger doute quant aux intérêts ; ils ne sont dus, en général, qu'à partir de la demande (art. 1153). Mais ce principe est étranger à notre question. Le cessionnaire est exproprié ; or, quand il y a expropriation pour cause d'utilité publique, le propriétaire a droit à une juste indemnité ; il faut décider, à plus forte raison, que le cessionnaire, dépouillé de son droit dans l'intérêt du cédant, a droit à une indemnité complète (3). Il a cependant été jugé que le cessionnaire n'a pas droit aux intérêts des intérêts (4) ; l'arrêt invoque l'article 1699, qui n'alloue au cessionnaire d'un droit litigieux que les intérêts ; quant aux intérêts des intérêts, ils ne sont dus, dit la cour, que

(1) Toulouse, 31 décembre 1852 (Dalloz, 1854, 2, 226).
(2) Pau, 14 février 1860 (Dalloz, 1860, 2, 115).
(3) Chabot, t. II, p. 330, n° 21 de l'article 841. Duranton, t. VII, p. 289, n° 202. Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, p. 472, n° 684.
(4) Liége, 23 mars 1852 (*Pasicrisie*, 1852, 2, 232).

dans les cas spécialement prévus par la loi. Cette raison n'est pas bonne; les intérêts aussi ne sont dus, en l'absence d'une convention, que dans les cas prévus par la loi, et cependant on les accorde au cessionnaire à titre d'indemnité. Nous préférerions nous en tenir au principe qui dérive de l'expropriation : le cessionnaire doit être complétement indemnisé.

On demande si les intérêts se compenseront avec les fruits que le cessionnaire peut avoir perçus. La loi ordonne parfois cette compensation; dans l'espèce, il faut décider que la compensation n'est pas admissible. D'abord la loi ne la prononce pas; puis elle serait en opposition avec l'esprit de la loi qui veut que le cessionnaire soit entièrement indemnisé; et il ne le serait pas si les fruits se compensaient avec les intérêts, car les intérêts sont toujours plus élevés que la valeur des fruits (1).

**379.** L'héritier doit-il faire des offres réelles au cessionnaire? Il a été jugé à plusieurs reprises que le retrayant n'y est pas tenu; la raison en est bien simple, c'est que la loi ne l'y oblige pas, et elle ne pouvait lui imposer cette obligation, puisque le demandeur peut ne pas connaître le prix de la cession, ou ce prix peut être simulé. D'ailleurs le cessionnaire n'a rien à risquer, puisqu'il conserve son droit tant que le prix ne lui a pas été payé (2).

**380.** Que doit payer le retrayant lorsque le prix consiste en objets mobiliers ou immobiliers? Il est évident qu'il ne peut pas être tenu à restituer ces objets, car il ne les a point; c'est le cédant qui les a reçus et qui les conserve, la cession produisant tous ses effets entre le cédant et le cessionnaire. L'indemnité consistera, en ce cas, dans la valeur des objets payés par le cessionnaire. On estime la valeur au moment de la cession, car c'est cette valeur que le cessionnaire a déboursée. La doctrine et la jurisprudence sont d'accord sur ce point (3).

**381.** Il y a une légère difficulté dans le cas où la ces-

(1) Bordeaux, 25 mars 1857 (Dalloz, 1857, 2, 116).
(2) Voyez la jurisprudence dans Dalloz, au mot *Succession*, n[os] 1977, 1° et 2°, 1978, 2° et 1967.
(3) Demolombe, t. XVI, p. 127, n° 116 et les autorités qu'il cite.

sion comprend, pour un seul et même prix, d'autres biens que les droits successifs du cédant; il faut alors recourir à une ventilation à l'effet de déterminer la portion du prix qui a été stipulée pour les droits successifs. Cette ventilation est plus ou moins arbitraire, parce qu'il y a toujours quelque chose d'aléatoire dans la vente d'une hérédité. On s'en est prévalu pour opposer une fin de non-recevoir contre le retrait; cette prétention n'a pas été admise, pour une excellente raison, c'est que la loi ignore cette exception, et elle ne résulte certes pas des principes, puisque le cessionnaire doit s'attendre au retrait; c'est donc à lui à fixer un prix séparé pour les droits successifs; s'il ne le fait pas, il est coupable ou d'imprudence ou de fraude, et il ne peut pas se prévaloir de sa faute pour échapper au retrait (1).

**382.** Le cessionnaire cède les droits qu'il a achetés pour un prix supérieur ou inférieur à celui qu'il a payé; quel est le prix que le retrayant devra rembourser? Il a été jugé que c'est le dernier, tandis que plusieurs auteurs soutiennent que c'est le premier (2). Nous n'hésitons pas à nous ranger à l'avis de la jurisprudence. Qui est exproprié? C'est le second cessionnaire, c'est donc lui qui doit être indemnisé. Et quelle est la perte qu'il éprouve? C'est le prix qu'il a payé. On objecte que l'héritier avait le droit d'exercer le retrait contre le premier cessionnaire, et que celui-ci ne transmet la succession au second acheteur que sous l'affectation de ce droit. Mauvaise raison! Sans doute l'héritier pouvait écarter le premier cessionnaire, mais il ne l'a pas fait, donc la première cession lui est tout à fait étrangère. Vainement dirait-il qu'il avait un droit au retrait; non, il avait seulement la faculté de l'exercer, et cette faculté, il la perd en ne l'exerçant pas avant la revente (3). Il y aurait exception s'il y avait fraude de la part du cessionnaire primitif; il serait tenu des conséquences

(1) Bordeaux, 25 mars 1857 (Dalloz, 1857, 2, 116). Demolombe, t. XVI, p. 131, n° 118.

(2) Besançon, 5 juin 1857 (Dalloz, 1858, 2, 111).

(3) En sens contraire, Demolombe, t. XVI, p. 118, n° 110, d'après Labbé, *Revue critique de législation*, 1855, p. 153, n° 28.

de son dol, et par suite obligé de payer au retrayant la différence entre les deux prix.

**383**. Le prix peut consister en une rente viagère; on demande ce que le retrayant doit rembourser au cessionnaire : est-ce le capital de la rente? sont-ce les arrérages échus et les arrérages à échoir? Dans l'ancien droit, la question était déjà controversée; elle s'est présentée de nouveau sous l'empire du code; ce qui compliquait la difficulté, c'est que la rente s'était éteinte par la mort du créancier; le cessionnaire prétendait profiter de cette extinction, en ce sens que le retrayant devait lui rembourser un capital de 72,000 francs, bien qu'il n'eût payé que quelques années d'arrérages. La cour d'Amiens décida que l'effet du retrait étant de subroger le retrayant au cessionnaire, il devait jouir de tous les droits de celui dont il prenait la place. Sur le pourvoi, il intervint un arrêt de rejet : la cour de cassation pose comme principe que l'héritier qui exerce le retrait est censé avoir traité directement avec le vendeur, et doit jouir de tous les droits de l'acquéreur; il ne doit par conséquent rembourser que les arrérages échus, et c'est lui qui profite de l'extinction de la rente (1).

**384**. Il arrive souvent que le prix est simulé; on le grossit afin d'empêcher l'exercice du retrait. Le retrayant ne doit rembourser que le prix *réel* de la cession : l'article 1699 le dit du retrait litigieux, et bien que l'article 841 ne se serve pas de la même expression, il va sans dire que le cessionnaire ne peut réclamer que ce qu'il a payé ou ce qu'il est obligé de payer. La simulation étant une fraude à la loi, le retrayant sera admis à la prouver par tous moyens de preuve, par témoins, par présomptions; c'est le droit commun (2). Il peut aussi déférer le serment au cessionnaire, c'est encore l'application d'un principe général, puisque le serment décisoire peut être déféré sur

(1) Rejet, 1er décembre 1806 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1997). Voyez, dans le même sens, les auteurs cités par Zachariæ, t. II, p. 570, note 27, et par Demolombe, t. XVI, p. 124, n° 114.

(2) Voyez les arrêts cités par Dalloz, au mot *Succession*, nos 1970, 1971 et Liége, 14 août 1850 (*Pasicrisie*, 1851, 2, 279).

quelque espèce de contestation que ce soit; mais il ne peut l'être qu'au défendeur; le retrayant ne peut pas le déférer au cédant, car le cédant n'est pas en cause (1).

Comment déterminera-t-on le prix véritable? Le prix de droits successifs est plus ou moins aléatoire; comme le retrait s'exerce pendant l'indivision, il est difficile de le préciser. Le tribunal pourrait déférer le serment *in litem*, s'il était impossible de constater autrement la valeur de la chose. Il peut aussi se baser sur des présomptions résultant des circonstances de la cause. C'est ce qu'a fait la cour de Paris en réduisant un prix fictif de 60,000 francs à une somme de 1,930 francs (2).

**385**. Le retrayant jouit-il du bénéfice du terme stipulé par le cessionnaire? Oui, et sans doute aucun, puisque le retrait est une subrogation aux droits du cessionnaire; il ne doit donc payer le prix de la cession que lorsque le cessionnaire est obligé de le payer. Le principe est incontestable; mais l'application donne lieu à une difficulté. On demande si le retrayant doit caution au cessionnaire pour le payement du prix. La cour de Dijon a décidé qu'il n'y est pas tenu, mais son arrêt a été cassé (3). A notre avis, la cour d'appel avait bien jugé. Le débiteur ne doit caution que lorsqu'il y est obligé par la convention ou par la loi; dans l'espèce, il n'y avait pas de convention, et la loi garde le silence; l'article 841 suppose que le prix est restitué immédiatement, il ne prévoit pas le cas où le cessionnaire jouirait d'un terme : le silence de la loi est décisif, car il ne peut pas y avoir de caution légale sans loi. La cour de cassation dit que le retrayant doit rendre le cessionnaire indemne; qu'il doit donc non-seulement lui rembourser ce qu'il a payé, mais encore, si le surplus du prix n'est dû qu'à terme, lui rapporter immédiatement la quittance ou la décharge du cédant, ou du moins lui donner des sûretés telles, qu'elles le désintéressent complétement

(1) Voyez les arrêts cités par Dalloz, au mot *Succession*, n° 1967, et Liége, 24 décembre 1867 (*Pasicrisie*, 1868, 2, 87).
(2) Arrêt de Paris du 14 février 1834, confirmé par un arrêt de rejet (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1972).
(3) Cassation, 7 janvier 1857 (Dalloz, 1857, 1, 81).

pour l'avenir. Voilà d'excellentes raisons pour le législateur ; l'interprète doit voir, non ce que le législateur aurait dû faire, mais ce qu'il a fait

### VII. *Effet du retrait.*

**386.** On donnait jadis au retrait le nom de subrogation. Cette expression marque parfaitement quels sont les effets du retrait. Ce n'est ni une annulation de la cession, ni une rétrocession : comme le dit la cour de cassation, le retrayant prend la place du cessionnaire. Ainsi, le contrat est maintenu ; seulement le retrayant est subrogé à l'acheteur, quant aux droits et quant aux charges qui résultent de la cession. Le retrait n'est donc pas une nouvelle vente que le cessionnaire fait au retrayant ; il n'y a pas de mutation. De là suit qu'il n'y a pas lieu de transcrire la convention qui intervient entre le retrayant et le cessionnaire : pour mieux dire, il n'y a pas de convention, c'est la loi qui tient lieu de contrat, en permettant à l'héritier de se mettre à la place du cessionnaire ; il suffit pour cela d'une simple manifestation de volonté du retrayant ; le consentement du cessionnaire n'est pas requis ; s'il refuse de recevoir le prix de la cession, le retrayant peut lui faire des offres réelles et consigner le prix. En cas de contestation sur le prix, il y a lieu soit à une convention, soit à une décision judiciaire. De là une conséquence importante en ce qui concerne les droits d'enregistrement : le retrait ne donne lieu qu'au droit de libération sur les sommes remboursées, ou au droit d'obligation sur celles que le retrayant s'oblige de payer (1).

**387.** Il résulte du même principe une autre conséquence, au point de vue du droit civil, c'est que le retrait est étranger au cédant ; la cession qu'il a faite de ses droits successifs est maintenue, il conserve contre le cessionnaire les droits que lui donne son contrat ; il n'a aucune action contre le retrayant ; le retrait n'a d'effet qu'entre

(1) Jugement du tribunal de Pont-l'Évêque du 10 janvier 1867 (Dalloz, 1867, 3, 24). Demolombe, t. XVI, p. 151, nos 139 et 140.

le retrayant et le retrayé. C'était, dans l'ancien droit, la doctrine de Pothier et de Dumoulin; les auteurs du code l'ont consacrée implicitement. En effet, l'article 841 ne parle pas du cédant, tout se passe entre le retrayant et le retrayé; le premier paye le prix de la cession au second, ou il s'oblige à le payer : voilà tout le retrait (1).

L'application du principe donne lieu à une difficulté sérieuse. On demande si le retrayant est réputé cessionnaire à partir de l'exercice du retrait, ou s'il l'est à partir de la cession. La cour de cassation a décidé que le retrait n'a pas d'effet rétroactif; elle en a conclu que si une femme, mariée sous le régime dotal, exerce le retrait pendant le mariage, bien que la succession fût ouverte à l'époque de son contrat, les immeubles qu'elle acquiert par suite du retrait ne sont pas frappés de dotalité, en vertu de la clause qui constitue en dot à la femme tous ses biens présents (2). La question est douteuse; la chambre des requêtes l'a considérée comme telle, puisqu'elle a admis le pourvoi. Il nous semble que la décision de la chambre civile est en opposition avec les principes qui régissent le retrait et le partage. Le retrait n'est pas une rétrocession, c'est une subrogation. N'est-ce pas dire que la cession produit à l'égard du subrogé tous les effets qu'elle devait produire au profit du cessionnaire? Celui-ci est propriétaire des droits successifs qu'il a achetés, à partir de son contrat; donc le subrogé doit aussi être propriétaire à partir de ce moment. Il est de principe que le retrait n'opère pas de mutation; donc le retrayant n'acquiert pas les droits successifs du cessionnaire, il les acquiert du cédant, et à partir de la cession. Dans le système de la cour de cassation, le retrait opérerait nécessairement une mutation. En effet, s'il ne rétroagit pas, le retrayant ne devient propriétaire qu'à partir du retrait. Qui l'a été jusque-là? Ce n'est pas le cédant, donc c'est le cessionnaire, et si le cessionnaire l'a été jusqu'au retrait, il ne cesse de l'être

(1) Chabot, t. II, p. 331, n° 24 de l'article 841. Zachariæ, édition d'Aubry et Rau, t. II, p. 571 et note 30. Demolombe, t XVI, p. 153, n[os] 141 et 142.
(2) Arrêt de rejet de la chambre civile du 31 mai 1859 (Dalloz, 1859, 1, 241). Comparez la note de l'arrêtiste.

qu'à partir du retrait; par conséquent il s'opère à ce moment une mutation de propriété. S'il est vrai que le retrait n'est pas une mutation, il faut être logique et admettre qu'il rétroagit. Telle est d'ailleurs la conséquence du partage qui suit le retrait. Ce sont des droits indivis que le retrayant acquiert, les droits successifs que le cédant avait dans l'hérédité. Le partage déterminera les objets que le cédant et par suite le retrayant est censé avoir toujours possédés (art. 883). En ce sens, le retrait rétroagit nécessairement au jour de l'ouverture de l'hérédité. Donc, dans l'espèce, la femme dotale était propriétaire des immeubles par elle acquis par suite du retrait, à l'époque de son contrat de mariage, puisque la succession était ouverte à ce moment. La conséquence est que les immeubles étaient des biens présents et dotaux à ce titre.

**388.** Dans notre opinion, tous les effets du retrait s'enchaînent et procèdent d'un seul et même principe. Quels sont les effets du retrait entre le retrayant et le retrayé? On admet que le retrayé est considéré comme n'ayant jamais été acheteur, et que le retrayant est considéré comme l'ayant toujours été. Voilà bien la rétroactivité. On en conclut que les droits de servitude et d'hypothèque consentis par le retrayé tombent, même abstraction faite du principe de l'article 883. Si le retrayé n'a jamais été propriétaire, ne faut-il pas décider que le retrayant l'a été depuis la cession? On en doit conclure encore que les droits que le retrayé pouvait avoir contre la succession, ou que la succession pouvait avoir contre le retrayé, ne se sont pas éteints par confusion : ce qui implique encore que le retrayé n'a jamais été propriétaire de l'hérédité.

**389.** Quel est l'effet du retrait sur les relations du cédant et du cessionnaire? Est-ce que le retrayant prend la place du cessionnaire à l'égard du cédant? On comprend l'intérêt de la question. Si le prix n'est pas payé, s'il s'agit d'une rente dont les arrérages ne se payent que successivement, qui sera débiteur? est-ce le retrayé ou est-ce le retrayant? Si le législateur avait procédé logiquement, il aurait dû établir la subrogation non-seulement contre le retrayé cessionnaire, mais aussi contre le cédant. En effet,

conçoit-on que le cessionnaire soit considéré à l'égard du retrayant comme n'ayant jamais été acheteur, et qu'il reste néanmoins obligé envers le cédant? S'il n'est plus acheteur, il ne doit pas payer le prix, et s'il doit payer le prix, il est acheteur. Cependant Dumoulin et Pothier enseignaient que la cession subsiste entre le cédant et le cessionnaire, que par suite le cessionnaire reste débiteur du prix, et que le cédant n'est pas obligé d'accepter le retrayant pour débiteur à la place de l'acheteur. Les auteurs du code ont-ils consacré cette doctrine? Nous avons d'avance répondu à la question; le code ne donne d'autre effet à la cession que celui d'écarter le cessionnaire du partage en lui remboursant le prix de la cession; il laisse donc subsister la cession et par conséquent les droits et obligations qui en résultent. La cour de cassation a jugé en ce sens que le retrait successoral n'opère pas novation par substitution d'un nouveau débiteur; celui qui l'exerce ne peut obliger le cédant à l'accepter pour débiteur au lieu et place du cessionnaire; d'où suit que celui-ci reste soumis à ses obligations envers le cédant pour la partie du prix qu'il n'a pas payée (1).

De là suit que le cédant doit agir contre le cessionnaire et non contre le subrogé; il n'a pas même d'action directe contre le retrayant. Sans doute celui-ci peut payer, puisqu'il est débiteur du cessionnaire, lequel est débiteur du cédant; mais il n'est pas débiteur personnel du cédant. De là suit que si les retrayants offrent au cédant leur part héréditaire dans le prix de la cession, le cédant peut la refuser, car il n'est pas tenu d'accepter des tiers un payement partiel, et les retrayants sont pour lui des tiers (2).

Tel est bien, nous en convenons, l'esprit du code. Mais on peut demander pourquoi il a maintenu la cession entre le cédant et le cessionnaire, tandis qu'il prive le cessionnaire des bénéfices de son contrat à l'égard du retrayant? Il n'y a d'autre raison juridique, sinon que la loi ne veut

(1) Cassation du 7 janvier 1857 (Dalloz, 1857, 1, 81). Dumoulin, *Coutume de Paris*, § 20, n° 8; Pothier, *Des retraits*, n° 300; Demolombe, t. XVI, p. 155, n° 143.
(2) Bordeaux, 24 juillet 1850 (Dalloz, 1855, 2, 214).

porter atteinte aux conventions que dans les limites de la nécessité; or, pour atteindre le but du retrait, il suffit que le retrayant soit mis à la place du retrayé, tout en maintenant le contrat entre le cédant et le cessionnaire. Nous aurions préféré un système plus logique.

**390.** Le cessionnaire est évincé, en ce sens qu'il est privé du bénéfice de son contrat; en faut-il conclure qu'il a un recours en garantie contre le cédant? Il a été jugé que le cessionnaire ne peut exercer aucune action en garantie ou en recours contre son vendeur (1). Cela ne fait aucun doute. A vrai dire, il n'y a pas d'éviction, car l'éviction suppose que le vendeur a vendu la chose d'autrui. Or, dans l'espèce, le cédant a vendu des droits successifs qui lui appartenaient; si l'acheteur ne profite pas de son contrat, c'est parce que la loi autorise le retrait à son préjudice; en achetant, le cessionnaire sait qu'il pourra être exproprié; il a traité avec cette chance, il doit en subir les conséquences. Si le cédant avait causé un dommage au cessionnaire par son fait, par sa faute ou son dol, il serait tenu de le réparer, non à titre de garantie, mais par application du droit commun (2).

**391.** Le retrait est étranger au cédant. Celui-ci reste donc sous l'empire du droit commun. On demande si la cession est valable à l'égard du retrayant, avant de lui être signifiée, et en supposant qu'elle doive être signifiée, si le cessionnaire peut se prévaloir du défaut de signification. Les deux questions doivent être décidées négativement. Nous reviendrons sur la première au titre de la *Vente*, où est le siége de la matière. L'article 1690 prescrit la signification de la cession au débiteur de la créance pour que le cessionnaire soit saisi à l'égard des tiers; or, les droits successifs dont il est question à l'article 841 ne sont pas une créance; l'article 1690 n'est donc pas applicable (3). En tout cas, le cessionnaire ne pourrait pas se soustraire au retrait, en soutenant que la cession non

(1) Cassation du 15 mai 1844 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1881).
(2) Rejet, 15 janvier 1840 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 2001).
(3) Arrêt de rejet de la chambre civile du 6 juillet 1857 (Dalloz, 1858, 1, 414).

signifiée est sans effet à l'égard du retrayant : ce serait exciper du droit d'autrui, dit la cour de cassation. Le bon sens suffit pour repousser l'étrange théorie qui s'est produite devant la cour de cassation : le cessionnaire, propriétaire par le fait seul de la convention, peut-il soutenir qu'il n'est pas propriétaire, parce qu'il n'a pas rempli une formalité qui est uniquement établie dans l'intérêt des tiers (1)?

**392**. Le retrayant est mis au lieu et place du cessionnaire : il profite de tous les bénéfices du contrat. Nous avons vu une application remarquable de ce principe dans le cas où le prix de la cession est une rente viagère (n° 383). Le retrayant étant cessionnaire, il peut rétrocéder ses droits successifs à un tiers. Cela paraît très-singulier, et certes le législateur n'a pas songé à un pareil résultat. Introduit et exercé pour repousser les spéculateurs, le retrait servira au retrayant pour spéculer! Mais les principes ne laissent aucun doute. Le cessionnaire peut céder son droit comme tout acheteur peut revendre ; donc le retrayant a le même droit. Vainement dit-on que le retrait est un droit purement personnel aux héritiers ; sans doute, et on ne concevrait pas que l'héritier vendît le droit de retrait ; mais nous supposons que le retrait est exercé, le retrayant est devenu propriétaire des droits successifs, il a le droit incontestable de les vendre (2) Même avant d'avoir exercé le retrait, rien n'empêcherait l'héritier de céder les avantages éventuels qui peuvent en résulter : ce serait, en réalité, la vente d'une chose future, vente parfaitement valable.

## § V. *Effet du partage.*

### N° 1. DE L'EFFET DU PARTAGE QUANT A LA PROPRIÉTÉ.

#### I. *Du principe établi par l'article* 883.

**393**. En droit romain, le partage était attributif ou translatif de propriété, au même titre que l'échange ou la

(1) Cassation, 7 janvier 1857 (Dalloz, 1857, 1, 81).
(2) Montpellier, 29 avril 1857 (Dalloz, 1857, 2, 214).

vente. Le partage met fin à l'indivision; et qu'est-ce que l'indivision? Si deux héritiers possèdent par indivis une pièce de terre, chacun en est propriétaire par indivis, ce qui veut dire que chacun a la propriété de toute la pièce, dans la proportion de son droit héréditaire, mais une propriété non divisée, ne portant pas sur une partie déterminée de la chose; elle porte par conséquent sur toutes les parcelles du fonds indivis. Le partage détermine la partie du fonds qui appartient à chacun des cohéritiers d'une manière exclusive. Pierre, l'un d'eux, cesse d'être propriétaire de la partie du fonds adjugée à Paul, son cohéritier, et Paul n'a plus la propriété de la partie du fonds adjugée à Pierre. Il se fait donc un échange de la copropriété indivise de tout le fonds contre la propriété divisée d'une partie du fonds; or, l'échange est un acte translatif de propriété; donc le partage aussi est un acte par lequel la propriété est attribuée ou transférée à chacun des copartageants. En ce sens, il est attributif ou translatif de propriété (1).

Il résultait de ce principe une conséquence importante quant aux actes de disposition faits pendant l'indivision. Chacun des cohéritiers étant propriétaire par indivis du fonds commun, avait le droit de l'hypothéquer pour sa part héréditaire. Que devenaient ces hypothèques après le partage? Elles subsistaient; car le partage était une aliénation; or, l'aliénation du fonds hypothéqué ne fait pas tomber l'hypothèque; l'hypothèque suit, au contraire, les biens hypothéqués dans les mains de l'acquéreur. Si donc le fonds hypothéqué par Pierre, pendant l'indivision, était attribué à Paul, le créancier hypothécaire pouvait exercer son droit contre Paul, détenteur du fonds hypothéqué à sa créance. Paul, étant évincé par suite de l'expropriation, avait un recours en garantie contre Pierre. Ces actions récursoires troublaient les relations des copartageants et rendaient la propriété incertaine (2).

(1) § 7, *Instit.*, IV, 17 (*de offic. judic.*); L. 6, § 8. D., X, 3 (*comm. divid.*); L. 1, C., III, 38 (*comm. utr. judic.*); L. 77. § 18. D., XXXI (*de leg. 2o*). Zachariæ, t. IV, p. 397, note 1 du § 625. Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, p. 544, no 774.

(2) Duranton, t. VII, p. 703, nos 516 et 517.

**394.** D'après le droit français, le partage n'est plus attributif de propriété, il est déclaratif, c'est-à-dire que « chaque cohéritier est censé avoir toujours succédé seul et immédiatement à tous les effets compris dans son lot, ou à lui échus sur licitation, et n'avoir jamais eu la propriété des autres effets de la succession. » Ainsi l'héritier n'acquiert rien de son copartageant, et il ne lui transmet rien ; la propriété indivise est effacée par le partage comme si elle n'avait jamais existé. Chaque copartageant tient son droit du défunt ou de la loi qui lui transmet la propriété des biens tombés dans son lot à partir de l'ouverture de l'hérédité. Le partage ne fait que déclarer quels sont les biens qui ont toujours appartenu au copartageant. Et la propriété de chacun étant exclusive, aucun d'eux n'a jamais eu la propriété des effets de la succession qui ne sont pas compris dans son lot.

Il résulte de ce principe des conséquences toutes différentes de celles que nous venons de signaler pour le droit romain. L'un des héritiers hypothèque un immeuble pendant l'indivision ; si cet immeuble est mis au lot de son cohéritier, l'hypothèque tombe ; car celui qui l'a concédée n'ayant jamais été propriétaire de l'immeuble, n'a jamais eu le droit de l'hypothéquer. Donc ni action hypothécaire, ni action récursoire ; la propriété des biens est stable et assurée, les relations des copartageants ne sont pas troublées par des procès (1).

**395.** Tels sont les deux principes et les conséquences auxquelles ils conduisent. Lequel est le plus conforme à la réalité des choses? Pothier soutient que c'est le principe français ; d'après lui, le partage n'a rien de commun avec l'échange, ce n'est pas un acte par lequel les copartageants acquièrent rien les uns des autres, il est purement déclaratif (2). Il nous semble que le texte du code décide la question ; il ne dit pas que chaque cohéritier succède seul et immédiatement à tous les effets compris dans son lot ; il dit que chaque héritier est *censé* avoir succédé seul. Cette expression marque une fiction ; or, l'idée de fiction

(1) Mourlon, *Répétitions*, t. II, p. 303 et suiv.
(2) Pothier, *De la vente*, nos 631 et 640.

implique que le principe français n'est pas en harmonie avec la réalité des choses. Donc le partage n'est pas déclaratif. Qu'est-il donc? La fiction du partage déclaratif ne tient aucun compte de l'indivision; elle l'efface, comme si elle n'avait jamais existé. Mais l'indivision est un fait que la fiction peut bien effacer, et qui n'en a pas moins existé; or, dès qu'il y a indivision, il y a une copropriété indivise qui fait place à une propriété divisée. Le passage d'une propriété qui porte indivisément sur tous les biens de l'hérédité à une propriété qui est déterminée à certains objets, suppose un fait juridique qui opère cette transformation; ce fait juridique n'est autre que l'échange. Le code lui-même reconnaît implicitement la théorie romaine; il admet la garantie entre copartageants; or, la garantie, comme nous le dirons plus loin, ne s'explique que par le caractère translatif du partage (1).

Est-ce à dire que la fiction du partage déclaratif n'ait aucun fondement juridique? On peut l'expliquer, mais l'explication ne fait pas disparaître la fiction qui se trouve dans le principe français. Les héritiers tiennent leur propriété de la loi, qui leur transmet les biens du défunt dès l'instant de l'ouverture de l'hérédité (art. 711), sans aucune manifestation de volonté, sans aucun fait juridique. Quand il n'y a qu'un seul héritier, cela est de toute évidence. Quand il y en a plusieurs, la loi elle-même leur attribue directement les biens du défunt, et elle les divise entre eux lorsque cette division est possible. Il en est ainsi des créances; il n'est pas nécessaire qu'il intervienne un partage pour les diviser; de sorte que s'il n'y avait pas d'autres biens, les héritiers succéderaient réellement à tous les biens en vertu de la loi et à partir de la mort du défunt, sans qu'il intervînt ni acte déclaratif, ni acte translatif de propriété. Si un partage est nécessaire, c'est que la loi ne peut pas elle-même faire cette opération matérielle pour les meubles et les immeubles, comme elle la fait pour les créances. Mais ce n'est là qu'une nécessité de fait qui n'empêche pas les héritiers d'être propriétaires des choses

(1) Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, p. 548, n° 779.

mobilières ou immobilières qui tombent dans leur lot, au même titre qu'ils sont propriétaires des créances. Ce n'est donc pas dans le fait du partage que l'on doit chercher la cause juridique de la propriété des copartageants; un fait, une opération matérielle ne peut pas déterminer le droit. En ce sens, le partage déclare seulement quels sont les biens qui, dès l'ouverture de l'hérédité, ont appartenu à chacun des cohéritiers. L'indivision n'est qu'un état passager; elle donne, il est vrai, un droit indivis de propriété à chaque cohéritier, mais c'est à raison de l'impossibilité où ils sont de partager de suite. On conçoit que la loi ne tienne aucun compte de l'indivision, puisque ce n'est qu'un fait essentiellement transitoire(1). Toujours est-il que c'est un fait, et un fait ne s'efface point. De là la nécessité d'une fiction, et la fiction nous avertit qu'il y a une réalité que la loi, dans sa toute-puissance, peut bien faire disparaître; mais l'acte même de puissance qui crée une fiction contraire à la vérité, témoigne pour la vérité du principe romain (1).

La fiction qui se trouve au fond du principe français éclate avec évidence quand il s'agit de licitation ou d'un partage avec soulte. Qu'est-ce que la licitation, sinon une vente sous un autre nom? Or, la vente est essentiellement un acte translatif de propriété; donc le partage fait sous forme de licitation est aussi attributif de propriété. Eh bien, de même que les colicitants vendent leur part indivise à l'un d'entre eux pour une part dans le prix, de même les copartageants vendent leur part indivise contre une part divisée; dans l'un et l'autre cas, c'est un seul et même fait juridique, il n'y a que la forme qui diffère. Le partage avec soulte est une véritable vente, jusqu'à concurrence du montant de la soulte; en effet, la soulte est le prix que l'un des copartageants paye pour la portion de biens héréditaires qui excède la part à laquelle il avait droit; il n'avait pas droit à cet excédant comme héritier : à quel titre donc l'acquiert-il? Il n'y en a pas d'autre que l'achat.

(1) Zachariæ, édition d'Aubry et Rau, t. IV, p. 397, note 1, d'après Lebrun, livre IV, chap. I, n° 36. Comparez Demolombe, t. XVII, p. 305, n° 258, et p. 313, n° 264.

Or, les biens qui tombent dans son lot comme formant sa part héréditaire, il les a acquis par une opération analogue, en vendant sa part indivise pour une part divisée. Ainsi on est forcé de revenir toujours au principe romain (1).

**396.** Le principe français se justifie par son utilité pratique. Mais il importe de constater ses véritables origines (2). Il n'a pas été introduit pour les motifs que l'on allègue aujourd'hui en sa faveur. D'après le droit féodal, l'aliénation des fiefs était soumise à une redevance que le vassal devait payer au seigneur pour prix du consentement donné à la mutation. Les partages étaient-ils soumis à cette règle? Si l'on avait maintenu le principe romain, les partages auraient été assujettis au droit de mutation, puisqu'ils sont assimilés à un échange. Les légistes, ennemis-nés de la féodalité, soutinrent que le partage n'était pas une aliénation. Ils commencèrent par dire que c'était une aliénation d'un caractère particulier, une aliénation nécessaire; puis ils prétendirent que ce n'était pas une aliénation, que c'était une simple déclaration. Le nouveau principe rencontra un rude adversaire; l'opposition de Dumoulin témoigne contre la maxime française. Lui-même raconte qu'en 1538 on discuta, dans une conférence d'avocats, la question de savoir quel devait être l'effet d'une saisie féodale, pratiquée avant le partage, sur la part indivise de l'un des héritiers; on y soutint que le partage était déclaratif de propriété. Dumoulin combattit vivement cette innovation, et, malgré la fièvre quarte dont il souffrait, il inséra dans le Commentaire sur la coutume de Paris, dont il corrigeait alors les épreuves, une protestation énergique contre une doctrine qui heurtait les vrais principes. Mais le droit français n'aime pas la rigueur romaine; la fiction du partage déclaratif était plus favorable à la pratique, elle l'emporta dans la jurisprudence. Il y avait plus de difficulté à appliquer la fiction à la licitation, qui est, en réalité, une vente sous un autre

(1) Comparez Demolombe, t. XVII, p. 306, n° 258 et p. 310, n° 260.
(2) Championnière, *Revue de législation*, t. VII, p. 405 et t. VIII, p. 161. Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, p. 545, n$^{os}$ 775 et 776.

nom; on se tire d'embarras en disant que la licitation était une aliénation nécessaire, pour mieux dire, une suite du partage, quand les choses qui doivent être partagées ne peuvent pas se diviser. On en conclut que le cohéritier adjudicataire ne devait pas plus les droits féodaux que l'héritier copartageant. La coutume de Paris consacra cette doctrine lors de la réformation qui en fut faite en 1580.

On voit que la fiction du partage déclaratif ne s'introduisit pas comme principe juridique, et pour prévenir les évictions ainsi que les actions récursoires auxquelles donnait lieu le principe romain; la fiction fut imaginée comme une arme de guerre contre la fiscalité féodale. Une fois le principe nouveau admis dans la pratique, les jurisconsultes en tirèrent les conséquences avec l'esprit logique qui les distingue. Toutefois, la résistance continua jusque dans le dix-huitième siècle. Les biens adjugés à l'un des héritiers lui étaient-ils propres pour la totalité, ou seulement pour la part qu'il avait avant la licitation? Ferrière soutenait cette dernière opinion au dix-septième siècle, et la controverse durait encore au dix-huitième. Pothier assimile entièrement la licitation au partage, et les auteurs du code ont consacré son opinion dans l'article 883. Néanmoins la controverse n'est finie qu'en apparence. La fiction est si contraire à la réalité, qu'à chaque pas l'opposition éclate. De là les hésitations et les tiraillements de la doctrine et de la jurisprudence dans cette difficile matière.

**397.** L'article 883 est conçu en termes généraux et absolus : « Chaque cohéritier est censé avoir succédé seul et immédiatement à tous les effets compris dans son lot. » La loi ne prononce pas le mot de partage; elle ne limite donc pas à tel ou tel partage le principe qu'elle établit; il s'applique à tout partage, partiel ou total. On lit dans un arrêt de la cour de cassation : « Rien ne s'oppose à ce qu'il soit procédé à la liquidation d'une succession entre l'un des héritiers, d'une part, et tous ses cohéritiers, de l'autre; et lorsque la fixation de sa portion héréditaire a eu lieu conformément à la loi, l'attribution qui lui en est faite opère de lui à ses cohéritiers, bien que ceux-ci con-

tinuent à demeurer entre eux dans l'indivision, un partage régulier, qui entraîne tous les effets que le législateur a attachés à cette espèce de convention (1). » Donc le partage, quoique partiel, est déclaratif de propriété. Il en serait de même, et à plus forte raison, si le partage comprenait seulement certains biens distribués entre tous les héritiers. Ce qui constitue l'essence du partage, c'est qu'il fait cesser l'indivision; or, les actes que nous venons de mentionner font cesser l'indivision pour certains biens, donc il y a lieu d'appliquer le principe de l'article 883.

**398.** La loi ne parle pas du partage avec soulte. Il est cependant certain que l'article 883 s'applique à ce partage. En effet, l'article 883 dit que « l'inégalité des lots *en nature* se compense par un retour, soit en rente, soit en argent. » Donc le partage avec soulte est un partage légal, et tout partage est déclaratif de propriété. Faut-il que la soulte soit fournie en deniers héréditaires ou autres objets appartenant à l'hérédité? La cour de cassation a jugé que le principe de l'article 883 ne s'applique qu'aux valeurs héréditaires elles-mêmes, et non aux soultes qui peuvent être fournies à l'un des copartageants en dehors de l'hérédité, pour compenser l'inégalité de son lot (2). Cette formule nous paraît trop absolue. Nous reviendrons, au titre du *Contrat de mariage*, sur la question spéciale que la cour a décidée; à notre avis, on ne peut pas poser comme condition que la soulte soit fournie en biens héréditaires. Sans doute, si l'on considère la réalité des choses, l'héritier qui reçoit une soulte que l'héritier débiteur paye de ses deniers, ne la tient pas du défunt. Mais nous sommes sous l'empire d'une fiction; si l'on écarte la fiction, il faut aller plus loin, et dire que l'héritier qui paye la soulte achète l'excédant mis dans son lot, d'où l'on devrait conclure que cet excédant lui appartient à titre de vente, et non à titre d'hérédité, quoique ce soit un bien héréditaire et que la lettre de l'article 883 lui soit applicable. Que si, au contraire, le débiteur de la soulte n'est pas considéré

(1) Rejet de la chambre civile du 25 avril 1864 (Dalloz, 1864, 1, 227).
(2) Rejet, 11 décembre 1850 (Dalloz, 1851, 1, 289).

comme acheteur; s'il reçoit l'excédant à titre d'héritier, on doit dire aussi que le créancier de la soulte n'est pas vendeur et qu'il reçoit également la soulte comme héritier : ce qui rend l'article 883 applicable (1).

Le texte de l'article 883 confirme cette interprétation. Il assimile entièrement la licitation au partage. Or, l'adjudicataire paye certainement son prix en deniers qui lui appartiennent, ce qui n'empêche pas le prix d'être considéré comme un bien héréditaire au point de vue de l'article 883 : il est subrogé à la chose licitée et prend la nature de celle-ci. Ce qui est vrai du prix de licitation l'est aussi de la soulte. Tout cela est fictif; mais le principe même de l'article 883 n'est-il pas une fiction? C'est ce qui fait la difficulté de cette matière : à chaque pas, on est tenté de donner raison à la réalité contre la fiction. L'interprète doit maintenir la fiction que le législateur établit, avec ses conséquences nécessaires.

**399**. L'article 883 applique expressément à la licitation le principe du partage déclaratif, mais à une condition qui est essentielle : il faut que les effets soient échus à l'héritier sur licitation. Donc, si c'est un étanger qui se porte adjudicataire, la licitation n'est plus déclarative, c'est une véritable vente que les cohéritiers font à l'adjudicataire. L'esprit de la loi est en harmonie avec le texte. On conçoit la fiction lorsque l'héritier reçoit directement du défunt ou de la loi la chose mis dans son lot, car il était propriétaire dès l'instant de l'ouverture de l'hérédité. Mais comment considérer comme ayant été toujours propriétaire celui qui, étranger à l'hérédité, achète le bien dans une licitation? Il faudrait une extension de la fiction, mais, ainsi étendue, elle n'aurait plus de raison d'être. Enfin la tradition est en ce sens. Dumoulin allait plus loin ; il suffisait, d'après lui, que des étrangers fussent admis à la licitation pour qu'elle cessât d'être un partage; en effet, il est de l'essence du partage qu'il se fasse entre cohéritiers; la licitation n'est donc plus un partage quand des étrangers y figurent. Cela était très-subtil, et le droit

(1) Comparez Demolombe, t. XVII, p. 322, nº 270.

français répugne à la subtilité. Aussi Dumoulin changea-t-il d'avis (1).

La controverse s'est reproduite sous l'empire du code. D'une part, on soutient que la licitation doit être considérée comme un partage, alors même qu'un étranger se porte adjudicataire de l'immeuble licité. L'esprit de la loi, dit-on, l'exige. Elle a voulu assurer la tranquillité des familles en assurant la stabilité des partages ; par là elle facilite en même temps la cessation de l'indivision. Eh bien, si l'adjudicataire est obligé de respecter les droits consentis par l'un des héritiers, le partage sera entravé ; les tiers ne voudront pas liciter, ou ils ne le feront qu'à des conditions désavantageuses ; que si la licitation a lieu, l'adjudicataire subira des évictions, de là des recours en garantie que la loi a eu pour but d'éviter. Il n'y a qu'un moyen de prévenir ces inconvénients, c'est d'admettre le principe de l'article 883 (2). Il est facile de répondre à cette argumentation, et la réponse est péremptoire. On avoue que le texte repousse l'interprétation qu'on donne à la loi. Cela est décisif, surtout dans la matière qui nous occupe. L'article 883 consacre une fiction, et les fictions ne peuvent jamais être étendues. D'ailleurs le législateur a eu de bonnes raisons pour restreindre la fiction dans des limites étroites. Le principe du partage déclaratif est une atteinte indirecte au droit de propriété, il empêche les héritiers de disposer de leur part indivise, d'en disposer du moins à des conditions avantageuses. Or, la loi ne doit pas multiplier ces entraves (3).

Il a été jugé, d'autre part, que la licitation est toujours une vente dès que les étrangers y sont admis, alors même qu'un cohéritier se rendrait adjudicataire ; ce qui conduit à cette conséquence que les droits réels consentis pendant l'indivision sont maintenus comme ils l'étaient en droit romain. La licitation, dit la cour de Toulouse, ne peut être

(1) Dumoulin, sur la coutume de Paris, titre *des Fiefs*, § 33, glose 1, n° 69 ; et titre *des Censives*, § 78, glose 1, n° 157. Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, p. 517, n° 777.
(2) Mourlon, *Répétitions*, t. II, p. 205, d'après Valette.
(3) Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, p. 555 et suiv., n° 790.

assimilée au partage que lorsqu'elle a lieu entre cohéritiers ; dès qu'un étranger y assiste, ce n'est plus un partage ; car le concours d'un étranger à un partage ne se conçoit pas (1). Sans doute, mais si un cohéritier est adjudicataire, la licitation a réellement lieu entre cohéritiers ; qu'importe alors qu'un étranger y ait assisté, puisque en définitive il n'y concourt point? Il y a un argument décisif contre la doctrine de la cour de Toulouse, c'est la tradition ; le texte de l'article 883 la consacre en décidant que le principe du partage déclaratif s'applique à la licitation, lorsqu'un effet de la succession échoit à un héritier sur licitation. La jurisprudence s'est prononcée en ce sens (2).

Que faut-il décider si l'adjudication se fait en partie à un tiers, en partie à un héritier? Il a été jugé qu'à l'égard de l'héritier adjudicataire, on devait appliquer le principe du partage déclaratif, et que la licitation serait considérée comme une vente à l'égard de l'adjudicataire étranger ; de sorte que le lot de l'héritier serait libre de toutes charges créées pendant l'indivision, tandis qu'elles subsisteraient sur le lot adjugé au tiers (3). Cette décision est une application très-juridique du principe de l'article 883. C'est une fiction qui ne doit profiter qu'à ceux dans l'intérêt desquels elle est établie, mais qui doit toujours leur profiter ; dès lors l'héritier peut l'invoquer, bien qu'il y ait un étranger colicitant ; par contre, l'étranger ne peut pas s'en prévaloir, car, à son égard, la licitation ne saurait être un partage ; il faudrait pour cela une extension de la fiction. C'est dire qu'il faudrait une fiction nouvelle, et le législateur seul peut créer des fictions.

**400.** Quand la licitation est une vente, il se présente une difficulté dans l'application. C'est un tiers qui se porte adjudicataire ; donc tous les héritiers sont vendeurs. Est-ce que chacun d'eux est vendeur pour sa part héréditaire?

(1) Toulouse, 12 février 1846 (Dalloz, 1846, 2, 94).
(2) Nous nous bornons à citer le dernier arrêt : Douai, 2 mai 1848 (Dalloz, 1849, 2, 184). Comparez Zachariæ, t. IV, p. 399, note 7, édition d'Aubry et Rau.
(3) Douai, 25 juillet 1848 (Dalloz, 1849, 2, 185).

ou la vente se fait-elle au profit de la masse? En principe, lorsqu'il y a plusieurs vendeurs, leurs droits se divisent, mais cela suppose que leur droit de propriété est divisé; or, la licitation se fait pendant l'indivision. De là un motif de douter. Demante propose une distinction. Lorsque les droits des copropriétaires sur l'immeuble licité étaient liquidés et déterminés lors de la vente, chacun d'eux est vendeur, par application du principe général que nous venons de rappeler. D'où suit que chacun d'eux sera créancier, pour sa part, d'une portion déterminée du prix, et que l'immeuble vendu sera aussi affecté pour cette part aux priviléges ou hypothèques qui existent sur l'immeuble licité, du chef de chacun des cohéritiers. Il y a des arrêts qui le décident ainsi en termes généraux (1). Demante dit que si la licitation n'est qu'une opération préliminaire au partage, et tendant à faciliter la liquidation, il faut considérer la vente comme étant faite au profit de la masse; dans cette opinion, le partage déterminera lequel des copartageants sera réputé vendeur : lui seul sera créancier du prix, et les hypothèques ou priviléges procédant de son chef seront seuls maintenus (2). Cela nous paraît douteux. Le partage ne peut pas avoir d'effet sur la vente consentie pendant l'indivision. Par la licitation, l'immeuble licité cesse d'appartenir aux cohéritiers, ils n'ont plus droit qu'au prix. L'immeuble n'étant pas compris dans la masse partageable, nous ne comprenons pas comment il serait mis au lot de l'un des héritiers. Il faut donc s'en tenir aux principes généraux. En réalité, chacun des héritiers est vendeur, chacun d'eux doit donc avoir les droits dérivant de la vente.

**401**. Le principe du partage déclaratif s'applique-t-il à la succession bénéficiaire? Il y a eu quelque hésitation sur cette question dans la jurisprudence. La cour de cassation a jugé d'abord que l'article 883 n'est pas applicable à la succession bénéficiaire, parce que la liquidation de

(1) Orléans, 7 février 1845 (Dalloz, 1849, 1, 329) et Douai, 25 juillet 1848 (Dalloz, 1849, 2, 185).

(2) Demante, t. III, p. 357, n° 225 *bis* IV, suivi par Demolombe, t. XVII, p. 326, n° 273.

cette succession se faisant dans l'intérêt commun des créanciers et des héritiers, l'adjudicataire, quoiqu'il soit un des héritiers, ne devient propriétaire que comme un acquéreur étranger, débiteur du prix envers l'hérédité ; de là la cour concluait qu'il y avait lieu d'appliquer tous les principes qui régissent la vente, et que par suite l'héritier adjudicataire pouvait être poursuivi par voie de folle enchère (1). La cour de cassation est revenue sur cette jurisprudence (2), et c'est cette dernière opinion qui a prévalu ; il est admis universellement qu'il n'y a pas à distinguer, pour l'application de l'article 883, entre les héritiers bénéficiaires et les héritiers purs et simples (3). Nous n'y voyons pas le moindre doute. L'article 883 est conçu en termes généraux, il ne distingue pas entre les héritiers purs et simples et les héritiers bénéficiaires, et il n'y avait pas lieu de distinguer. Le bénéfice d'inventaire ne change rien aux rapports des héritiers entre eux, tous sont copropriétaires, tous partagent au même titre, donc ce qui est un partage à l'égard des héritiers purs et simples est aussi un partage à l'égard des héritiers bénéficiaires ; et pourquoi le partage aurait-il un autre effet à l'égard des uns qu'à l'égard des autres ?

**402.** Le principe de l'article 883 est général, il s'applique à tout partage fait entre communistes. Cela est de toute évidence pour le partage de la communauté entre époux ; l'article 1476 dit en termes formels que le partage de la communauté, en ce qui concerne les *effets du partage*, est soumis aux règles établies au titre des *Successions*. L'article 1872 contient une disposition analogue pour le partage des sociétés. Il a été jugé que l'article 883 est applicable entre tous communistes. Une filature avait été, dans l'origine, la copropriété de trois indivisaires ; l'un d'eux acquit les parts des deux autres. Il tomba en faillite. Sa femme prétendit que son hypothèque légale

(1) Rejet, 27 mai 1835 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 2126, 2°).
(2) Cassation, 12 août 1839 (Dalloz, au mot *Enregistrement*, n° 6024, 1°).
(3) Bordeaux, 22 mars 1834 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 2195). Nîmes, 6 novembre 1869 (Dalloz, 1871, 2, 37 et la note). Dutruc, *Du partage*, n° 548, p. 586.

s'étendait sur toute la filature, son mari étant considéré, par l'effet de la licitation, comme ayant toujours eu la propriété exclusive de cet immeuble. Les créanciers objectèrent que l'article 883 était un bénéfice particulier aux héritiers, que de simples communistes ne pouvaient pas l'invoquer. Il a été jugé que le principe du partage déclaratif est une règle applicable à tout partage (1). On pourrait objecter que les fictions ne s'étendent pas. Les articles 1476 et 1872 sont une réponse à l'objection ; ils prouvent que le principe, bien que fondé sur une fiction, est considéré par la loi comme une règle générale. En effet, les motifs pour lesquels le législateur a consacré ce principe traditionnel s'appliquent à tout partage : on ne concevrait pas que le partage fût déclaratif de propriété entre héritiers, entre conjoints et entre associés, tandis qu'il serait attributif de propriété entre communistes.

La jurisprudence est en ce sens ainsi que la doctrine. Il a été jugé que l'article 883 s'applique entre coacquéreurs par indivis d'un immeuble (2), et la cour de cassation a fait l'application du principe aux hypothèques consenties pendant l'indivision par l'un des copropriétaires ; si, par l'effet du partage ou de la licitation, l'immeuble échoit à un autre copropriétaire, l'hypothèque tombe comme ayant été consentie par celui qui est censé n'avoir jamais eu la propriété de l'immeuble (3). Mais pour qu'il y ait lieu à l'application de l'article 883, il faut qu'il y ait copropriété, c'est-à-dire qu'une seule et même chose appartienne par indivis à plusieurs personnes. Là où il n'y pas indivision, il n'y a pas lieu à partage; dès lors il est impossible d'invoquer un principe qui règle les effets du partage. La femme lègue l'usufruit d'une quotité de ses biens à son mari ; les enfants sont nus propriétaires : y a-t-il indivision entre les nus propriétaires et l'usufruitier? Evidemment non, car ce sont deux droits distincts, indépendants l'un de l'autre ; l'usufruitier n'a aucun droit sur la nue propriété, et le nu propriétaire n'a aucun droit sur l'usufruit ; puisqu'il n'y a rien

(1) Grenoble, 28 août 1847 (Dalloz, 1848, 2, 137).
(2) Grenoble, 12 mars 1849 (Dalloz, 1849, 2, 186).
(3) Rejet, 28 avril 1840 (Dalloz, au mot *Succession*, nº 2135, 2º).

de commun entre eux, il ne peut être question ni d'indivision ni de partage. L'article 883 est donc hors de cause. De là suit que l'inscription prise sur l'usufruit par les créanciers de l'usufruitier subsiste, nonobstant tout partage par lequel les nus propriétaires auraient acquis la propriété exclusive des immeubles grevés d'usufruit; ce prétendu partage est une vente; et la vente laisse subsister les hypothèques consenties par le vendeur (1).

Faut-il de plus que la copropriété des divers propriétaires procède d'un titre commun existant antérieurement à l'acquisition que fait l'un d'eux de la part indivise de son copropriétaire? L'affirmative a été jugée dans l'espèce suivante. Un tiers acquiert les droits de plusieurs indivisaires, puis il se rend acquéreur de la part du seul indivisaire restant. La cour de Douai a jugé qu'il n'y avait pas lieu d'appliquer le principe de l'article 883 (2). N'est-ce pas dépasser la loi en exigeant une condition qui n'est prescrite par aucun texte? La cour de cassation l'a jugé ainsi, et avec raison, nous semble-t-il. Un tiers achète les droits successifs de l'un des héritiers; puis il se rend adjudicataire sur licitation d'un immeuble héréditaire; cet immeuble avait été grevé d'hypothèques par les autres héritiers. L'adjudicataire prétendit que ces hypothèques tombaient comme ayant été consenties par des personnes qui étaient censées n'avoir jamais eu la propriété des immeubles hypothéqués. Cette prétention fut accueillie par la cour. Elle part du principe qu'aucune disposition de la loi n'exige que ceux qui possèdent un immeuble par indivis soient copropriétaires au même titre pour que l'article 883 reçoive son application. Est-ce que l'esprit de la loi commande cette distinction? Les fictions échappent à l'interprète, il ne peut ni les étendre, ni les restreindre. On ne peut donc pas dire : les héritiers sont copropriétaires au même titre, donc il en doit être de même des communistes. Ce serait restreindre la fiction. La loi ne considère qu'une chose, le fait que plusieurs personnes

(1) Rejet, 3 août 1822 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 2137). Comparez Bruxelles, 24 juillet 1858 (*Pasicrisie*, 1858, 2, 379).
(2) Douai, 2 mai 1848 (Dalloz, 1849, 2, 184).

sont dans l'indivision, sans rechercher la cause qui y a donné naissance. Les causes peuvent être diverses; peu importe : cela n'empêche pas l'indivision d'exister avec tous ses effets. Appliquons ces principes à l'espèce qui s'est présentée devant la cour de cassation. Quand un héritier vend ses droits successifs, le cessionnaire prend la place du cédant, il succède à tous ses droits; il peut donc demander le partage comme le cédant aurait pu le faire. Si le partage se fait en nature, le cessionnaire peut invoquer le principe du partage déclaratif : l'esprit de la loi le veut ainsi et le texte ne s'y oppose pas. Si l'on n'appliquait pas l'article 883 au cessionnaire, les hypothèques établies pendant l'indivision sur les biens tombés dans son lot seraient maintenues, tandis que les charges qui grèvent les immeubles mis au lot des héritiers s'évanouiraient. Cela est contraire, dit la cour, à l'égalité qui doit régner entre communistes; or, le cessionnaire est devenu communiste, il doit donc profiter du principe consacré par l'article 883 (1).

## II. *Conséquence du principe.*

### 1. CONSTITUTION DE DROITS RÉELS.

**403**. Les copropriétaires par indivis peuvent, pendant l'indivision, consentir des droits réels sur la chose qui leur appartient indivisément; mais la validité de ces concessions est subordonnée au partage. Si l'immeuble tombe au lot de celui qui a consenti le droit réel, la constitution sera valable, puisqu'il est censé avoir toujours été propriétaire du fonds; tandis que la constitution sera nulle si l'immeuble tombe au lot d'un de ses cohéritiers, puisqu'il sera censé n'en avoir jamais été propriétaire. C'est l'application élémentaire du principe consacré par l'article 883. La jurisprudence l'applique aux servitudes (2). Quant aux hypothèques, il va sans dire qu'elles sont régies par l'article 883, puisque c'est à raison des hypothèques

(1) Rejet de la chambre civile du 27 janvier 1857 (Dalloz, 1857, 1, 5). Comparez Demolombe, t. XVII, p. 351, n° 289.

(2) Limoges, 23 juin 1838 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 2088).

que le législateur moderne a consacré le principe du partage déclaratif. La cour de Rouen a fait l'application de la règle dans une espèce où il y avait un motif de douter. Les mêmes héritiers étaient appelés à deux successions diverses ; ils confondirent les biens dans une seule et même masse dont ils firent ensuite le partage. Pendant l'indivision, des hypothèques furent établies sur des biens dépendants de l'une des successions. Le partage mit au lot de l'héritier qui avait concédé ces hypothèques des biens dépendants de l'autre hérédité. Le créancier hypothécaire contesta la validité du partage, par suite duquel il perdait son hypothèque. Il fut jugé que le partage était valable (1). Un premier point est certain : les héritiers avaient le droit de confondre les deux successions dans une seule masse (n° 292). Ce n'est pas cette confusion qui avait fait tomber l'hypothèque, c'est le partage qui avait mis les immeubles hypothéqués dans le lot d'un héritier autre que celui qui avait consenti les hypothèques. C'est pour empêcher que le partage se fasse au préjudice des créanciers que l'article 882 leur donne le droit d'y intervenir ; s'ils ne forment pas opposition, ils ne peuvent pas attaquer le partage ; or, dans l'espèce, le créancier n'avait pas formé opposition, dès lors il n'avait pas le droit de l'attaquer. Vainement invoquait-il la fraude ; il n'y avait pas de fraude, puisque les lots avaient été tirés au sort, et le créancier figurait même au partage comme curateur de l'un des copartageants, ce qui écartait tout soupçon d'un concert frauduleux. D'ailleurs, n'ayant pas fait opposition, le créancier ne pouvait pas même attaquer le partage comme fait en fraude de ses droits ; l'article 882 est formel.

**404.** Quand l'immeuble hypothéqué pendant l'indivision tombe au lot de l'héritier qui a concédé l'hypothèque, celle-ci porte-t-elle sur tout l'immeuble ? La décision de la question dépend des termes dans lesquels l'hypothèque a été consentie. Si l'héritier a hypothéqué l'immeuble indivis, ou tous les immeubles indivis, il n'y a aucun doute ; dans ce cas il a entendu hypothéquer tout l'immeuble, et

(1) Rouen, 17 janvier 1849 (Dalloz, 1850, 2, 97).

comme l'immeuble tombe dans son lot, il a eu le droit de l'hypothéquer pour le tout, ce qui est décisif. Mais si l'héritier n'a hypothéqué l'immeuble que pour la part qui lui appartient, pour moitié, par exemple, l'hypothèque ne grèvera l'immeuble que pour cette part. La cour de Paris avait décidé que l'hypothèque s'étendait sur tout l'immeuble, parce que, en vertu de l'article 883, le concédant était censé avoir toujours eu la propriété de cet immeuble. Sans doute, mais le propriétaire ne peut-il pas établir une hypothèque sur une portion de l'immeuble? C'est ce qu'avait fait, dans l'espèce, l'héritier en hypothéquant le fonds pour sa part. L'hypothèque était donc partielle, parce que telle était la volonté des parties contractantes; l'article 883 n'a rien de commun avec cette question. Sur le pourvoi, l'arrêt de la cour de Paris a été cassé (1).

2. ALIÉNATION.

**405**. Les copropriétaires par indivis peuvent aliéner comme ils peuvent concéder des droits réels sur la chose qu'ils possèdent en commun. Quel sera l'effet de l'aliénation? L'aliénation totale, de même que l'aliénation partielle, est subordonnée au résultat du partage. Si donc l'immeuble ne tombe pas au lot de l'héritier vendeur, l'aliénation tombe comme ayant été faite par celui qui est censé n'avoir jamais eu la propriété de la chose. On a contesté cette conséquence qui résulte du principe établi par l'article 883. La vente, dit-on, est valable comme étant faite par le propriétaire; donc la chose n'appartient plus en commun aux cohéritiers et à celui qui a vendu sa part, elle est désormais indivise entre eux et l'acheteur. C'est la décision d'une loi romaine. On en conclut que l'immeuble vendu ne peut être compris dans le partage entre les cohéritiers, qu'il doit être partagé entre l'acquéreur et les cohéritiers du vendeur (2). Cette opinion est restée isolée : elle affirme ce qui doit être prouvé. En effet, on commence par dire que la

(1) Duranton, t. VII, p. 708, n° 521, suivi par tous les auteurs (voyez Dalloz, au mot *Succession*, n° 2087, et Demolombe, t. XVII, p. 400, n° 321).
(2) Ferry, dans la *Thémis*, t. VIII, p. 49 et suiv.

vente est valable, et c'est là précisément la question; or, elle est décidée par les termes généraux de l'article 883. Est-ce que celui qui n'est pas propriétaire peut vendre? Eh bien, la loi dit que l'héritier vendeur est censé n'avoir jamais été propriétaire; ce qui est décisif. Il est vrai que les aliénations, si elles étaient maintenues, n'auraient pas pour les cohéritiers du vendeur les mêmes inconvénients que les hypothèques; elles ne donneraient pas lieu à des actions récursoires. Le législateur aurait donc pu les maintenir, afin d'assurer la stabilité des propriétés. Mais il eût fallu pour cela faire une exception à la règle générale de l'article 883. L'interprète ne peut certes pas créer une exception, puisque ce serait déroger à la loi, et le législateur avait de bonnes raisons pour ne pas le faire. D'abord, en validant la vente, il aurait obligé les héritiers à faire deux partages. Puis le partage entre cohéritiers est basé sur cette règle fondamentale que chacun a droit à sa part en nature; l'aliénation d'un immeuble pourrait rendre impossible l'application de cette règle. Le législateur a donc bien fait de garantir avant tout les droits des copropriétaires (1).

Il y a une opinion toute contraire, d'après laquelle la vente faite par un héritier pendant l'indivision serait nulle, comme vente de la chose d'autrui. Cela a été ainsi décidé par la cour de Bastia (2). Il nous semble que l'erreur est palpable. Tant que l'indivision dure, chacun des cohéritiers a un droit indivis sur toute l'hérédité; et comment celui qui est copropriétaire de ce qu'il vend vendrait-il la chose d'autrui? Il n'y aura vente de la chose d'autrui que si, par l'effet du partage, la chose ne tombe pas au lot du vendeur. Jusque-là le sort de la vente restera en suspens. La chose, quoique vendue, sera comprise dans le partage, puisque le vendeur n'a pas pu dépouiller ses cohéritiers de leur droit de copropriété, et le partage dé-

(1) Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, p. 553, n° 788; Demante, t. III, p. 358, n° 225 *bis* V; Mourlon, *Répétitions*, t. II, p. 204, note, d'après Valette; Demolombe, t. XVII, p. 377 n° 306.
(2) Bastia, 18 avril 1855 (Dalloz, 1855, 2, 305).

cidera si la vente sera maintenue ou non. La jurispr dence s'est prononcée en ce sens (1).

Il s'est présenté un cas dans lequel il y a un lég doute. L'un des héritiers avait reçu en deniers et pendan l'indivision une part plus considérable que celle qui lui revenait; il vendit sa part éventuelle dans les immeubles. Ses cohéritiers soutinrent qu'il n'avait plus le droit de vendre, parce qu'il avait reçu au delà de sa part héréditaire. La cour de Nancy jugea très bien que l'héritier était débiteur envers la masse des deniers qu'il avait touchés avant le partage, mais que cela ne l'empêchait pas d'être copropriétaire; il avait donc le droit de vendre, sauf les chances du partage (2).

**406.** Que faut-il décider si un immeuble est vendu par tous les héritiers pendant l'indivision? On suppose que les créanciers des héritiers ont pris inscription sur l'immeuble vendu. Il a été jugé que le prix prend la place de l'immeuble; de là l'arrêt conclut que l'héritier qui a le prix dans son lot est censé avoir toujours été propriétaire de l'immeuble; en conséquence, les inscriptions prises par les autres héritiers tombent par l'effet du partage (3). Cette décision nous paraît très-douteuse. Quand des héritiers vendent un immeuble, le prix est versé dans la masse et se confond avec les autres biens qui font l'objet du partage. Il n'est dit nulle part que le prix des biens vendus est subrogé à ces biens et en prend la nature. Ne faudrait-il pas un texte pour établir cette subrogation? Il y a une autre objection qui nous semble péremptoire. Lorsqu'un immeuble est licité et qu'un étranger se porte adjudicataire, il y a vente et non partage; par suite l'article 883 n'est pas applicable. Il en doit être de même lorsque les cohéritiers vendent de gré à gré; la vente laisse subsister les hypothèques consenties par le vendeur.

Un second arrêt rendu par la même cour dans une espèce identique admet que les hypothèques subsistent lorsque la vente a attribué à chacun des héritiers ven-

(1) Bordeaux, 11 juin 1857 (Dalloz, 1859, 5, 389).
(2) Nancy, 8 février 1853 (Dalloz, 1855, 5, 461).
(3) Grenoble, 2 juin 1863 (Dalloz, 1864, 2, 100).

deurs une part dans le prix; dans ce cas, chacun d'eux est vendeur, et on applique les principes qui régissent la vente. Mais quand la vente est faite solidairement par tous les héritiers et qu'il n'est fait de division ni des immeubles ni du prix, l'indivision subsiste réellement quant au prix, et par suite le droit au prix prend la place de l'immeuble (1). Cette décision consacre l'opinion de Demante, que nous avons combattue (n° 400) : rejetant le principe, nous ne pouvons admettre les conséquences. Lorsque tous les héritiers vendent, chacun d'eux est vendeur pour sa part, et créancier du prix pour sa part, si le prix n'est pas versé dans la masse. Mais que le prix soit payé ou non, qu'importe? Il y a toujours vente et par conséquent l'article 883 est hors de cause.

**407.** Si l'immeuble vendu tombe au lot de l'héritier vendeur, la vente sera-t-elle valable pour le tout, ou ne vaudra-t-elle que pour la part héréditaire de celui qui l'a aliéné? Il faut appliquer à la vente ce que nous avons dit de l'hypothèque (n° 404). L'effet de la vente dépend de la volonté des parties contractantes. Si l'héritier a vendu tout l'immeuble, la vente sera valable pour le tout, puisqu'il est censé avoir toujours été propriétaire de l'immeuble. S'il n'a vendu que sa part, la moitié, le tiers, la vente ne comprendra naturellement que la portion qui a été vendue (2). Si l'immeuble est vendu par tous les héritiers, la vente est définitive. Naît alors la question que nous venons d'examiner : quels sont les droits des vendeurs? quelles sont les obligations de l'acheteur? Quand la vente est faite avec indication des parts de chacun des héritiers, il n'y a plus de doute, chacun est vendeur pour sa part, et par conséquent l'acheteur peut et doit payer son prix à chacun de ses vendeurs en proportion de sa part héréditaire. Il est arrivé que les héritiers, lors du partage, ont mis tout le prix dans le lot de l'un d'eux, et celui-ci a prétendu forcer l'acheteur à le payer entre ses mains. Cette prétention n'a pas été admise (3). Il ne s'agit pas, dans l'es-

(1) Grenoble, 12 août 1863 (Dalloz, 1864, 2, 100).
(2) Demolombe, t. XVII, p. 401, n° 322.
(3) Rouen, 24 avril 1857 (Dalloz, 1858, 2, 85).

pèce, de l'article 883, ni de la question de savoir si le principe du partage déclaratif s'applique aux créances héréditaires ; la vente était faite par chacun des héritiers pour sa part marquée au contrat; l'acte était donc une vente, et il fallait appliquer les principes qui régissent la vente.

**408.** De ce que l'un des héritiers ne peut pas vendre pendant l'indivision, au préjudice de ses cohéritiers, faut-il conclure que les cohéritiers du vendeur ont le droit de revendiquer l'immeuble? Il a été jugé que la vente ne peut pas être attaquée (1). En effet, elle n'est pas nulle; l'héritier, propriétaire par indivis, a le droit de vendre son droit indivis. Il ne compromet pas par là le droit de ses cohéritiers; car si l'immeuble ne lui échoit pas, l'aliénation tombe en vertu de l'article 883, et alors le cohéritier dans le lot duquel l'immeuble se trouve le peut revendiquer, puisqu'il est censé en avoir toujours été propriétaire.

**409.** Si l'héritier peut vendre les immeubles de l'hérédité pendant l'indivision, sauf le résultat du partage, il semble que, par identité de raison, les créanciers ont le droit de les saisir. La question est cependant controversée; la cour de cassation a d'abord admis le droit de saisie, puis elle a décidé que les créanciers n'avaient pas le droit de saisir (2). La question a été tranchée par la loi belge du 15 août 1854. D'après l'article 2205, « la part indivise d'un cohéritier dans les immeubles d'une succession ne peut être mise en vente par ses créanciers personnels, avant le partage ou la licitation qu'ils peuvent provoquer, s'ils le jugent convenable. » Cet article ne défend pas aux créanciers de *saisir*, il leur défend seulement la *mise en vente*, ce qui est tout différent. On conçoit qu'ils ne puissent pas vendre, puisque le partage peut mettre l'immeuble dans les mains d'un autre héritier. Mais pourquoi ne pourraient-ils pas saisir pour sauvegarder leurs droits, au cas où l'immeuble serait mis au lot de leur débiteur? S'ils ne saisissent pas, l'héritier pourra vendre et

(1) Bourges, 14 janvier 1831; Toulouse, 2 avril 1835 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 2091).
(2) Dalloz, au mot *Vente publique d'immeubles*, nos 113 et 114.

leur enlever leur gage. Il y a un arrêt en ce sens ; il décide que la saisie sera valable si l'immeuble tombe au lot de l'héritier débiteur (1). La loi belge (art. 2) dispose que les créanciers ne peuvent pas saisir. Comme la question concerne la procédure, nous n'y insistons pas.

**410.** L'acquéreur peut-il, avant le partage, purger l'immeuble des hypothèques qui le grèvent? Il a été jugé que l'acquéreur ne peut pas remplir les formalités de la purge pendant l'indivision (2). En effet, la purge a pour objet de consolider la propriété dans les mains de l'acquéreur. Or, dans l'espèce, l'acheteur n'est pas propriétaire, il ne le deviendra que si le partage met l'immeuble dans le lot de son vendeur ; si l'immeuble ne tombe pas dans son lot, il n'y aura jamais eu aucun droit. Que deviendrait la purge dans cette hypothèse? peut-on rayer des inscriptions alors que l'on ne sait pas si l'acquéreur est propriétaire ou non. Et si on les avait radiées, il faudrait les rétablir. La loi ne permet pas une purge éventuelle.

**411.** Les principes qui régissent la vente d'un immeuble indivis s'appliquent aussi au legs. Si l'héritier lègue sa part indivise dans un immeuble, le sort du legs dépendra du résultat du partage ; il sera valable si l'immeuble tombe au lot du testateur, et nul s'il tombe au lot d'un autre héritier. Sera-t-il valable pour le tout dans la première hypothèse? Il faut voir de quelle manière le legs est conçu. Si le testateur n'a légué que sa part héréditaire, le légataire n'aura droit qu'à cette part ; s'il a légué tout l'immeuble, le légataire pourra réclamer l'immeuble entier. Dans une espèce qui s'est présentée devant la cour de cassation, l'héritier avait légué la moitié lui avenant dans les immeubles indivis ; le partage lui attribua un seul de ces immeubles. Il a été jugé que le légataire n'avait droit qu'à la moitié de cet immeuble ; le légataire réclamait la totalité, en prétendant que la moitié non léguée de cet immeuble devait remplacer la moitié léguée de l'immeuble qui n'avait pas été mise dans son lot. La cour

(1) Lyon, 20 mai 1854 (Dalloz, 1856, 2, 271).
(2) Cassation, 13 février 1838 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 2089, 2°). Demolombe, t. XVII, p. 379, n° 307.

n'écouta pas cette singulière prétention : l'un des immeubles n'étant pas échu au testateur, le legs devenait caduc quant à cet immeuble. Restait le legs de l'autre immeuble, il n'était fait que pour la moitié, le légataire n'avait donc droit qu'à cette moitié (1).

3. RÉSOLUTION. PRIVILÉGE. RESCISION.

**412.** Le partage et la vente sont régis par des principes différents. Quand l'acheteur ne paye pas le prix, le vendeur peut demander la résolution de la vente (art. 1654). C'est l'application de la condition résolutoire tacite. Aux termes de l'article 1183, la condition résolutoire est toujours sous-entendue, dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera pas à ses engagements. Ce principe s'applique-t-il au partage? Nous examinerons la question en traitant de la nullité du partage; pour le moment, nous nous bornons à constater que la doctrine et la jurisprudence s'accordent à décider que le partage n'est pas soumis à la condition résolutoire tacite. C'est une conséquence logique du principe de l'article 883. Les copartageants ne tiennent rien l'un de l'autre, puisque le partage n'est pas attributif de propriété; ils tiennent leur droit du défunt ou de la loi. On ne peut donc pas dire que l'engagement contracté par l'une des parties est la condition de l'engagement contracté par l'autre; par conséquent le fondement de la condition résolutoire tacite fait défaut.

**413.** L'obligation de garantie se concilie difficilement avec le principe de l'article 883. Voilà bien une obligation qui incombe à tous les copartageants; mais il n'y a pas lieu de ce chef à la résolution du partage; la loi le maintient malgré l'éviction, nous en dirons la raison plus loin. Afin d'assurer le recours qu'elle ouvre à l'héritier évincé contre son cohéritier, elle lui accorde un privilége. Les copartageants ont encore un privilége pour le paye-

(1) Cassation, 28 février 1826 (Dalloz, au mot *Dispositions entre vifs* n° 3787).

ment des soultes et retours. Enfin la licitation est également garantie par un privilége (art. 2103, et loi belge, art. 27, 4°). Sous tous ces rapports, la vente diffère du partage. Le vendeur a un privilége outre l'action en résolution; mais il ne l'a que pour le payement du prix, et il le conserve par la transcription de l'acte de vente, pourvu que l'acte constate que le prix reste dû. Les copartageants conservent aussi leur privilége par la transcription; mais quand il s'agit du privilége pour garantie, il faut que l'acte de partage contienne la stipulation d'une somme fixe pour le cas d'éviction.

**414**. Il y a aussi une différence entre la vente et le partage, en ce qui concerne la rescision pour cause de lésion. Ce sont les seuls contrats dans lesquels la loi admet cette cause de rescision; mais elle établit des principes différents. D'abord quant au chiffre de la lésion, qui est du quart en matière de partage et des sept douzièmes en cas de vente. Il y a encore des différences de détail que nous signalerons.

Il importe donc beaucoup de distinguer si l'acte qui intervient entre les copartageants est une vente ou un partage. Comment peut-on savoir s'il y a partage ou aliénation? C'est une des questions les plus controversées et les plus difficiles de notre matière

### III. A *quels actes s'applique le principe de l'article* 883.

#### 1. PRINCIPE GÉNÉRAL.

**415**. On admet généralement comme principe que l'article 883 s'applique non-seulement au partage, mais à tout acte à titre onéreux dont l'effet est de faire cesser l'indivision, soit de toute l'hérédité, soit d'un objet héréditaire. La jurisprudence de la cour de cassation et la plupart des auteurs ajoutent une condition pour que l'acte équivaille au partage, c'est qu'il fasse cesser l'indivision d'une manière absolue, c'est-à-dire relativement à tous les cohéritiers (1).

(1) Zachariæ, édition d'Aubry et Rau, t. IV, p. 398, § 625.

Que le principe de l'article 883 s'applique à d'autres actes qu'au partage proprement dit, cela n'est pas douteux; l'article 883 lui-même le prouve, puisqu'il décide que la licitation entre cohéritiers est déclarative de propriété; et il ne fait en cela que consacrer la doctrine traditionnelle. Dira-t-on que l'article 883 ne parle que de la licitation, qu'il faut par conséquent limiter le principe au partage et à la licitation, que ce serait étendre une fiction si on l'étendait à d'autres actes, ce qui est contraire à la règle d'interprétation qui gouverne les fictions légales? Cette interprétation restrictive serait admissible si nous n'avions pas d'autre texte; mais il y en a un qui est décisif en faveur du principe tel que nous l'avons formulé, c'est l'article 1408. La loi y applique le principe du partage déclaratif non-seulement à la licitation, mais à tout *autre* acte qui fait cesser l'indivision entre l'un des époux et un tiers, copropriétaires par indivis d'un immeuble : l'époux qui acquiert ainsi la totalité d'un immeuble dont il ne possédait qu'une part indivise, en devient propriétaire pour le total, en ce sens que l'immeuble lui reste propre pour le tout, quoique la partie de l'immeuble qui ne lui appartenait pas soit en réalité une acquisition nouvelle; cette acquisition faite pendant le mariage devrait former un acquêt; s'il forme un propre, c'est que l'époux est censé en avoir toujours été propriétaire exclusif en vertu de la fiction de l'article 883. Voilà donc la fiction généralisée. Et cela est très-logique. Il n'y avait aucune raison de limiter le principe de l'article 883 au partage : le motif pour lequel la loi veut que le partage soit déclaratif s'applique à tout acte qui fait cesser l'indivision entre les communistes; la loi veut éviter les évictions et les actions récursoires auxquelles elles donnent lieu; le principe doit donc recevoir son application dans tous les cas où une copropriété indivise fait place à une propriété divisée (1).

**416.** Est-ce à dire que le principe s'applique à la donation qui fait cesser l'indivision? L'un des héritiers fait donation à son cohéritier de sa part héréditaire. Cet acte

(1) Demante t. III, p. 355 et suiv., n° 225 *bis* II.

fait cesser l'indivision; faut-il appliquer l'article 883 aux hypothèques que le donateur aurait consenties pendant l'indivision? Non; la donation ne peut être assimilée au partage, parce qu'il est de l'essence du partage que chacun des copartageants reçoive sa part dans l'hérédité; il doit même la recevoir en nature, en règle générale (art. 826), et si le partage en nature est impossible, les héritiers qui ne reçoivent pas de biens héréditaires doivent en recevoir l'équivalent. Si l'un des héritiers ne reçoit rien, il n'y a plus de partage, ni d'acte que l'on puisse assimiler au partage. La donation conserve donc son caractère : c'est un acte translatif de propriété qui laisse subsister les charges dont la chose est grevée (1).

**417.** Nous avons dit que le principe de l'article 883 est applicable alors même que l'acte ne fait pas cesser l'indivision pour toute l'hérédité. Sur ce point encore il n'y a pas de doute, puisque l'article 883 assimile la licitation au partage en ce qui concerne l'effet déclaratif; or, la licitation ne comprend que certains biens, ceux qui sont impartageables et ceux qu'aucun copartageant ne veut ou ne peut prendre (art. 1686). Cela est aussi fondé en raison. Comme le dit très-bien Championnière, il est rare qu'un partage puisse se faire en une fois; le plus souvent il entraîne plusieurs opérations; on partage successivement les biens selon les convenances des héritiers. Ce sont, si l'on veut, des partages préparatoires qui ont pour but de faciliter le partage général; il suit de là que l'on doit appliquer à ces actes les principes qui régissent le partage, puisqu'ils ont le même objet; on peut les considérer comme les diverses clauses d'un seul et même acte. Cela est de tradition; l'on a toujours considéré comme partage la division partielle des biens héréditaires. La doctrine et la jurisprudence sont d'accord (2).

**418.** Faut-il que l'acte fasse cesser l'indivision à l'égard

(1) Championnière et Rigaud, *De l'enregistrement*, t. III, n° 2723. Dutruc, *Du partage*, p. 70, n° 45. Comparez arrêt de cassation du 5 mai 1841 (Dalloz, au mot *Enregistrement*, n° 1975).

(2) Zachariæ, t. IV, p. 399, note 6. Championnière et Rigaud, t. III, p. 721 et suiv., nos 2725-2727. Rejet de la cour de cassation de Belgique du 15 janvier 1847 (*Pasicrisie*, 1847, 1, 502)

de tous les héritiers pour qu'il y ait lieu à l'application de l'article 883? Cette question est très-controversée; la jurisprudence de la cour de cassation de France la décide affirmativement. Nous préférons l'opinion contraire qui s'appuie sur la tradition, sur le texte et l'esprit de la loi; elle a été consacrée par la cour de cassation de Belgique. La disposition de l'article 883 est essentiellement traditionnelle, ce n'est pas la doctrine qui l'a introduite, c'est la pratique; c'est donc l'usage qu'il faut consulter quand il s'agit de l'interpréter. Or, la tradition n'est pas douteuse; dans l'ancien droit, on qualifiait de *premier acte* ayant pour objet de faire cesser l'indivision, celui qui ne mettait fin à l'indivision qu'à l'égard de quelques-uns des copropriétaires : c'est celui par lequel on écartait un héritier difficultueux, ou un héritier auquel, pour des raisons quelconques, on attribuait certains biens héréditaires. On lit dans le Recueil de Guyot, auquel Merlin a attaché son nom : « Il n'y a point de règle qui oblige les associés à ne sortir de communauté qu'en la rompant avec tous. Tous les associés ne faisant qu'un, l'un peut liciter sa portion, soit avec un, soit avec tous; cela ne fait que diminuer le nombre des copropriétaires; mais il n'y a point de changement de propriétaire; c'est toujours un acte qui n'a trait qu'à la dissolution de la communauté et dans lequel l'esprit des contractants est de partager et non de vendre, disent tous les auteurs ci-après. » Les commentateurs et la jurisprudence étaient unanimes; c'était un principe constant comme le caractère des partages (1).

Les auteurs du code ont-ils entendu innover? On ne trouve aucune trace de cette volonté dans les travaux préparatoires; et cela ne résulte ni du texte ni de l'esprit de la loi. Il est vrai que sur le texte il règne un singulier désaccord : la cour de cassation de Belgique l'invoque pour établir que la loi ne distingue pas entre les partages, que partant il n'y a pas à distinguer les actes qui font cesser l'indivision à l'égard de tous les héritiers, et les actes qui

(1) Voyez les autorités citées par Championnière et Rigaud, t. III, p. 731, n° 2734.

ne la font cesser qu'à l'égard de quelques-uns (1) : tandis que la cour de cassation de France prétend que le texte implique la cessation de l'indivision à l'égard de tous les héritiers. Que la distinction entre les partages généraux et les partages particuliers ne soit pas écrite dans la loi, cela est de toute évidence. On dit que les termes de la loi supposent que tous les héritiers concourent au partage : *chaque héritier,* dit l'article 883, donc *tous* les héritiers. Cette interprétation n'est, en tout cas, qu'une supposition; admettons que la loi suppose le concours de tous les héritiers, cela ne prouverait pas encore qu'elle fait de ce concours une condition pour l'application du principe qu'elle établit : elle prévoit, comme elle le fait souvent, le cas le plus usuel. Encore cela est-il douteux; car la lettre de la loi reçoit très-bien son application à un partage particulier, par lequel on attribue tel immeuble à un héritier, les autres héritiers restant dans l'indivision. Ce qui prouve que cette interprétation n'est pas aussi claire qu'on le prétend, c'est que les partisans de l'opinion que nous combattons ne s'entendent pas entre eux. Les éditeurs de Zachariæ ont une autre explication que la cour de cassation. « Si, disent-ils, chaque cohéritier est censé n'avoir jamais été propriétaire des objets héréditaires dont il a perdu la copropriété par suite de l'acte qui l'a fait sortir d'indivision, ce n'est là qu'une conséquence de cette autre fiction légale qui considère l'héritier dans le lot duquel ces objets sont tombés comme en ayant été, dès l'origine, propriétaire exclusif. Or, si l'acte qui a fait cesser l'indivision quant à l'un des cohéritiers, l'a laissée subsister à l'égard des autres, il devient impossible d'appliquer à ces derniers la disposition suivant laquelle chaque cohéritier est censé avoir succédé seul aux objets héréditaires qui se trouvent compris dans son lot, et par suite il devient aussi impossible d'appliquer au premier la disposition suivant laquelle chaque cohéritier est censé n'avoir jamais été propriétaire des objets dont il a perdu la copropriété (2). » La tradition

(1) Rejet du 15 janvier 1847 (*Pasicrisie,* 1847, 1, 502).

(2) Voyez tous les arrêts rapportés par Championnière et Rigaud, t. III, p. 732-737, nos 2135 et suiv.

répond à cette interprétation plus subtile que vraie; elle considère le partage particulier qui précède le partage général comme le premier acte de ce dernier partage; quand on réunit ces divers actes, comme on doit le faire d'après l'intention des parties, on peut appliquer à la lettre les deux dispositions corrélatives de l'article 883.

C'est étendre, dit-on, une disposition exceptionnelle, tandis qu'il faut la restreindre dans les limites tracées par le législateur. Nous dirons plus loin que la cour de cassation n'est pas restée fidèle à cette interprétation restrictive. Tout ce qu'il est permis d'affirmer, c'est que le principe du partage déclaratif repose sur une fiction. Ce n'en est pas moins une règle générale; cela est si vrai que, de l'avis de tout le monde, on l'applique aux communistes, bien qu'il n'y ait aucun texte qui consacre cette extension (n° 402). Par la même raison, il faut l'appliquer à tout acte qui fait cesser l'indivision entre héritiers; l'esprit de la loi le veut ainsi. On fait un partage particulier pour écarter un héritier difficile, ou pour permettre à l'un des héritiers de continuer de suite, et sans interruption, un commerce lucratif. Il se trouve que les immeubles qui doivent leur être attribués ont été grevés d'hypothèques pendant l'indivision. Si l'on n'applique pas l'article 883, qu'arrivera-t-il? Des évictions, des actions récursoires. Or, ce sont précisément ces difficultés que le législateur a voulu prévenir. Donc, par son objet, le principe est général et doit s'appliquer à tout partage, à tout acte qui fait cesser l'indivision, ne fût-ce qu'à l'égard d'un seul héritier. Et telle est certes l'intention des héritiers quand ils procèdent à des partages particuliers : ils entendent aplanir les difficultés, faciliter le partage. Il faut pour cela que ces partages partiels ne contiennent pas le germe de nouvelles contestations; donc il faut qu'ils soient déclaratifs. Nous ne voyons pas une ombre de raison pour qu'un partage particulier soit attributif de propriété. Et ce qui est vrai du partage l'est de tout acte qui fait cesser l'indivision (1).

(1) Voyez, en ce sens, outre Championnière, Duvergier, *De la vente*, t. II, n° 147; Rolland de Villargues, *Répertoire du Notariat*, au mot *Licitation*,

2. LICITATION.

419. L'article 883 applique à la licitation lui-même le principe du partage déclaratif. Malgré les termes précis de la loi, on a soulevé des difficultés en ce qui concerne les hypothèques établies sur l'immeuble licité par un des cohéritiers. L'héritier à qui cet immeuble est adjugé est censé, d'après l'article 883, y avoir succédé seul et immédiatement; d'où suit que les autres héritiers sont censés n'avoir jamais été propriétaires de cet immeuble, ils n'ont donc jamais eu le droit de l'hypothéquer, partant les hypothèques tombent. Si la licitation s'est faite pour payer les dettes, le prix est distribué entre les créanciers personnels, sans tenir compte des hypothèques consenties pendant l'indivision (1). Il en serait ainsi alors même que des étrangers auraient été admis à la licitation ; ce n'est pas la présence des étrangers qui détermine le caractère de l'acte, sinon il faudrait dire, ce qui est absurde, que la licitation est toujours une vente quand des mineurs y sont intéressés, car, dans ce cas, les étrangers y doivent être admis (art. 839). Si c'est un héritier qui se porte adjudicataire, on est dans les termes et dans l'esprit de l'article 883; partant les hypothèques établies pendant l'indivision tombent (2).

On objecte que l'article 883 doit être appliqué uniquement aux rapports des communistes entre eux. La cour de Lyon répond que la loi ne fait pas cette distinction, et qu'il n'est pas permis de distinguer là où la loi ne distingue pas. Ce serait scinder, ajoute l'arrêt, les effets de l'hypothèque, en le maintenant, quant au droit de préférence, dans l'intérêt du créancier, et en l'annulant, quant au droit de suite dans l'intérêt des cohéritiers. La cour dit que cette division des effets de l'hypothèque serait contraire à l'indivisibilité de l'hypothèque (3). Cela ne nous paraît pas exact.

nos 10 et suiv. L'opinion contraire est plus généralement suivie. Voyez les auteurs cités par Demolombe, t. XVII, p. 396.

(1) Rennes, 26 décembre 1857 (Dalloz, 1858, 2, 142).

(2) Lyon, 14 février 1853 (Dalloz, 1854, 5, 544).

(3) Lyon, 14 février 1853, 2e espèce (Dalloz, 1854, 5, 545).

L'indivisibilité de l'hypothèque n'a pas la signification que la cour lui attribue; sa décision n'en est pas moins très-juridique. L'hypothèque tombe comme ayant été constituée par un non-propriétaire, et elle tombe naturellement pour le tout : conçoit-on que le non-propriétaire ait le droit de consentir une hypothèque qui donne au créancier un droit de préférence?

On a eu recours à un autre moyen pour arriver au même but, à l'effet de maintenir aux créanciers le bénéfice de la garantie hypothécaire qui leur a été accordée pendant l'indivision. Il ne serait pas juste, dit la cour d'Aix, que ces créanciers fussent privés de leur droit à l'égard des créanciers chirographaires, par suite d'une disposition qui a seulement eu pour but de mettre les héritiers à l'abri des actions récursoires; si donc le prix de l'immeuble licité n'est pas encore payé, rien n'empêche de colloquer les créanciers hypothécaires avant les créanciers chirographaires, car, à leur égard, le prix représente la chose (1). Si l'on demandait à la cour d'Aix où elle a trouvé cette singulière subrogation? Notre loi hypothécaire l'établit dans un cas spécial (art. 28), mais c'est une disposition tout à fait exorbitante du droit commun. Quand l'hypothèque est nulle, elle ne peut produire aucun effet; or, elle est nulle dans l'espèce prévue par l'article 883 : comment y aurait-il un droit de préférence résultant d'une hypothèque, alors qu'il n'y a pas d'hypothèque?

La cour d'Aix s'est trompée en droit; mais elle a raison au point de vue de l'équité. Son opinion a été consacrée par la loi belge du 15 août 1854, dont l'article 2 contient une disposition analogue à celle de la loi hypothécaire : « En cas de licitation, et quel que soit l'acquéreur, autre que le colicitant, dont la part indivise se trouvait grevée d'hypothèque, le droit du créancier hypothécaire sera reporté sur la part du débiteur dans le prix. »

**420**. Quand l'adjudication a lieu au profit d'un étranger, ce n'est plus un partage, c'est une vente (n° 399).

(1) Aix, 23 janvier 1835 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 2092). En sens contraire, Demolombe, t. XVII, p. 398, n° 320.

Dans ce cas, on n'applique pas le principe de l'article 883; l'adjudicataire n'est pas un copartageant, c'est un acheteur; or, la vente laisse subsister les hypothèques établies sur la chose vendue. L'adjudicataire pourra donc être évincé; il aura son recours contre les héritiers vendeurs (1). De leur côté, les héritiers ont contre lui le privilége qui appartient au vendeur pour le payement du prix; tandis que si un héritier s'était rendu adjudicataire, il faudrait appliquer les principes qui régissent le partage : les copartageants auraient le privilége que la loi leur accorde en cas de licitation (art. 2123; loi belge, art. 27), mais ils ne pourraient pas agir en résolution (n° 412) (2) : de même, l'adjudicataire évincé aurait un recours en garantie contre ses cohéritiers, mais il ne pourrait pas demander la résolution de la vente.

**421**. La résolution donne lieu à quelques difficultés. Quand un adjudicataire sur licitation ne paye pas le prix, les licitants peuvent poursuivre contre lui la revente sur folle enchère, c'est-à-dire la résolution de la vente pour défaut de payement du prix. On demande si l'héritier adjudicataire peut être poursuivi comme fol enchérisseur. La négative est certaine, puisque l'héritier n'est pas acheteur, il est copartageant; or, le partage n'est pas soumis à l'action résolutoire (3). Mais que faut-il décider si le cahier des charges stipule le droit de folle enchère? Nous dirons plus loin que la condition résolutoire peut être stipulée dans les partages; elle peut donc aussi l'être dans une licitation; les parties peuvent faire, en principe, telles conventions qu'elles jugent convenables, pourvu qu'elles n'aient rien de contraire à l'ordre public; or, la condition résolutoire est d'intérêt privé : ce qui décide la question. Seulement, comme en principe le partage n'est pas soumis à la condition résolutoire, il faudrait une clause ex-

(1) Duranton, t. VII, p. 707, n° 520; Demante, t. III, p. 357, n° 225 *bis* IV; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, p. 556, n° 790. Caen, 25 février 1837 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 2082).

(2) Nancy, 27 juillet 1838 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 2096). Paris, 15 février 1853 (Dalloz 1855, 2, 334).

(3) Zachariæ, édition d'Aubry et Rau, t. IV, p. 402 et note 17. Cassation, 14 mai 1833 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 2095, 2°).

presse pour que les colicitants pussent exercer le droit de folle enchère (1). Une clause générale qui soumet l'adjudicataire à la folle enchère suffit pour que les héritiers qui se portent adjudicataires puissent être poursuivis comme fols enchérisseurs; la clause serait inutile quant aux étrangers, puisque à leur égard la résolution est de droit; il faut donc supposer qu'elle a été stipulée contre les héritiers adjudicataires (2). Mais les tribunaux ne pourraient pas induire le droit de folle enchère par voie d'induction; ce serait une clause tacite; or, la clause doit être expresse (3).

Dans les cas où la licitation est une vente, il va sans dire que les licitants ont l'action en résolution, et par suite le droit de poursuivre l'adjudicataire par voie de folle enchère. Il en serait de même de tout acte qui, d'après la jurisprudence française, est assimilé à une vente, parce qu'il ne fait pas cesser l'indivision entre tous les cohéritiers (4). Dès que l'on admet le principe, il faut aussi admettre les conséquences qui en découlent. Nous repoussons le principe et par suite nous rejetons la conséquence

**422.** Il a été jugé que la licitation qui ne met pas fin à l'indivision entre tous les héritiers n'est pas un partage, que c'est une vente à laquelle il faut appliquer les principes qui régissent la vente (5). C'est la conséquence logique du principe consacré par la jurisprudence française. Dans notre opinion, la licitation entre héritiers est toujours un partage (n° 418). Les parties intéressées pourraient-elles déroger à ce principe? Nous dirons plus loin que la jurisprudence décide que la cession de droits successifs est tantôt une vente, tantôt un partage, selon que l'intention des héritiers est de vendre ou de partager. La cour de cassation a appliqué la même doctrine à la licitation. Dans l'espèce, il ne s'agissait pas de charges hypothécaires éta-

(1) Rejet, 19 novembre 1817 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 2101). Paris, 20 novembre 1851 (Dalloz, 1854, 5, 545, et les autorités citées en note). Comparez Zachariæ, t. IV, p. 402, note 18.

(2) Bordeaux, 3 mars 1852 (Dalloz, 1854, 5, 547).

(3) Nîmes, 30 août 1853 (Dalloz, 1854, 5, 546).

(4) Rejet, 27 mai 1835 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 2126, 2°).

(5) Rejet, 27 mai 1835; et cassation, 13 août 1838 (Dalloz, au mot *Succession*, nos 2126, 2° et 2122, 3°).

blies pendant l'indivision; on plaidait sur la question de savoir si les héritiers acquéreurs d'un immeuble héréditaire étaient tenus de rapporter le prix à la masse, ou si la valeur des biens licités devait être imputée sur les immeubles héréditaires restés indivis. La cour de Paris se plaça sur le terrain de l'article 883, et jugea que la licitation, ne faisant cesser l'indivision qu'à l'égard des héritiers acheteurs, n'était pas soumise au principe du partage. La cour de cassation considéra la question sous un autre point de vue : il résultait, dit-elle, des circonstances de la cause que les héritiers avaient eu l'intention de vendre et non de partager (1). Est-ce que les parties peuvent, à leur volonté, convenir qu'un acte que la loi qualifie de partage sera considéré comme une vente? L'article 883 est formel, la licitation entre héritiers est un partage, et partant déclarative de propriété. Si les héritiers pouvaient transformer la licitation en vente, l'acte deviendrait translatif de propriété. Nous ne croyons pas que les parties contractantes aient ce droit, au moins quand il s'agit d'hypothèques consenties pendant l'indivision. La loi veut que ces hypothèques tombent lorsque l'immeuble est adjugé à l'héritier qui ne les a pas consenties; elle le veut pour prévenir les évictions et pour empêcher les actions récursoires qui en résultent. C'est là un motif d'intérêt général. En ce sens, l'article 883 est d'ordre public; donc il n'est pas permis d'y déroger.

### 5. CESSION.

**423.** La doctrine et la jurisprudence mettent, en général, la cession et la licitation sur la même ligne, et appliquent les mêmes principes à l'une et à l'autre. Il nous semble que les deux actes diffèrent considérablement au point de vue du principe établi par l'article 883. Il s'agit de savoir quels actes doivent être assimilés au partage. Or, qu'est-ce que le partage? C'est la division de tout ou de partie des biens héréditaires, faite entre tous les héri-

(1) Rejet, 10 juin 1845 (Dalloz, 1845, 1, 377).

tiers; tous y doivent concourir, sinon il n'y a pas de partage (n° 290). De là suit que l'on ne peut assimiler au partage que les actes où tous les héritiers figurent, dans le but de distribuer entre eux les biens héréditaires, en tout ou en partie. Telle est la licitation. Tous les héritiers y prennent nécessairement part; si l'un d'eux n'y était pas partie, il n'y aurait pas de licitation, puisque, l'un des copropriétaires de la chose faisant défaut, les autres n'ont plus le droit de liciter. La licitation est donc un acte de même nature que le partage. Aussi l'article 883 l'assimile-t-il expressément au partage proprement dit; et l'on peut soutenir, comme nous l'avons fait (nos 399 et 418), que la licitation équivaut au partage, dans le sens de l'article 883, quoiqu'elle ne fasse pas cesser l'indivision entre tous les héritiers, car c'est toujours une distribution de biens à laquelle tous les héritiers prennent part.

Il n'en est pas de même de la cession. C'est une vente qui peut se passer entre tous les héritiers, qui peut aussi se passer entre quelques-uns des héritiers. Quand tous les héritiers y concourent, elle a le même effet que la licitation, en ce sens qu'elle fait cesser l'indivision quant aux objets cédés, soit à l'égard de tous les héritiers, soit à l'égard de quelques-uns. Si tous les héritiers ne concourent pas à la cession, il ne peut plus s'agir de l'assimiler à un partage; car le caractère essentiel du partage manque: le concours de tous les héritiers, sans lequel il ne peut y avoir de partage, ni par conséquent d'acte équivalant à un partage. Aussi l'article 883 ne parle-t-il pas de la cession. Ce silence est très-significatif; il prouve que, dans l'intention du législateur, la cession n'équivaut pas toujours à la licitation et au partage. Quand tous les héritiers n'y figurent pas, la cession ne pouvant pas être assimilée au partage, reste ce qu'elle est par sa nature, c'est-à-dire une vente, et on applique par suite les principes qui régissent la vente : elle est translative et non déclarative de propriété, avec toutes les conséquences qui en résultent, le maintien des charges hypothécaires qui grèvent la chose vendue, le privilége du vendeur et l'action résolutoire.

La distinction que nous faisons entre la cession à laquelle tous les héritiers participent et la cession qui a lieu entre quelques-uns des héritiers, est aussi fondée en raison. On conçoit que la première équivaille à un partage, parce qu'elle intéresse tous les héritiers; et pour maintenir la stabilité des propriétés et la tranquillité des familles, on conçoit encore que cette cession soit déclarative de propriété, c'est-à-dire qu'elle efface tous les droits réels consentis avant la cession par les héritiers sur la chose vendue. Mais quand la cession se fait entre quelques-uns des héritiers, ce n'est plus un règlement des intérêts communs de la famille; il n'y a donc aucune raison de s'écarter des principes généraux et de remplacer la réalité des choses par une fiction. Le législateur ne prodigue pas les fictions, il n'y recourt qu'en cas de nécessité; dès qu'elles ne sont plus nécessaires, elles n'ont plus de raison d'être, partant il faut s'en tenir au droit commun.

Tel est, à notre avis, le principe dominant en cette matière. Il nous servira à décider les questions controversées qui se présentent dans l'application. S'il y a tant de controverses et par suite tant d'incertitude dans la jurisprudence, c'est qu'il n'y a pas de principes certains qui dirigent le magistrat. Nous en faisons l'observation pour excuser le long travail que nous avons eu la témérité d'entreprendre.

a) Quand la cession équivaut à un partage.

**421**. Lorsque tous les héritiers concourent à la cession, il y a partage. Peu importe quel est l'objet de la cession, qu'elle comprenne tous les droits successifs du cédant, ou qu'elle ne porte que sur certains objets héréditaires. Cette distinction est sans influence dans l'application de l'article 883, puisqu'il est admis que le principe du partage déclaratif s'applique alors même que l'acte ne comprend pas toute l'hérédité (n° 417). Il n'y a pas à distinguer non plus si la cession fait cesser l'indivision entre tous les héritiers ou si elle ne la fait cesser qu'à l'égard de quelques-uns. Sur ce point il y a controverse : la cour de

cassation de France consacre la distinction que nous repoussons. Nous avons dit nos raisons en exposant les principes généraux qui régissent la matière (n° 418). S'il y a partage entre tous les héritiers, quoique l'indivision subsiste à l'égard de quelques-uns d'entre eux, il en doit être de même des actes que la loi ou la doctrine assimilent au partage ; il n'y a aucune raison de faire, à cet égard, une différence entre la licitation et la cession. Quand tous les héritiers concourent à la cession, elle ne diffère de la licitation que par la forme; or, la forme ne peut avoir aucune influence sur la question de savoir si l'acte est une vente ou un partage, s'il est attributif ou déclaratif de propriété. La cession faite avec le concours de tous les héritiers est un des éléments du partage, ce que la tradition appelle un *premier acte;* on peut dire que c'est une clause du partage général; elle en doit par conséquent produire les effets.

La jurisprudence et la plupart des auteurs admettent ce principe, quand la cession fait cesser l'indivision en tout ou en partie à l'égard de tous les héritiers (1). Il n'y a guère de doute ni de dissentiment lorsque la cession a pour objet les droits successifs du cédant. La cour de cassation a jugé qu'une cession de droits successifs faite par plusieurs cohéritiers à leurs cohéritiers constitue, non une vente, mais un véritable partage, lorsque par le même acte les héritiers ont partagé entre eux la totalité de la succession. Si, dans l'espèce, les héritiers s'étaient bornés à la cession, sans que les cessionnaires eussent partagé les biens héréditaires, l'acte eût été une vente, d'après la jurisprudence; mais, comme par le même acte les héritiers avaient mis fin à l'indivision à l'égard de tous, la cour a considéré l'acte comme un partage (2). Cette décision ne

(1) Arrêts de rejet du 3 mars 1807 et du 25 janvier 1809 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 2085, 1° et 2°).

(2) Rejet de la chambre civile du 10 novembre 1862 (Dalloz, 1862, 1, 470). Voyez, dans le même sens, Bourges, 26 janvier 1844 (Dalloz, 1845, 2, 131); Montpellier, 21 décembre 1844 (Dalloz, 1845, 2, 130); Paris, 13 décembre 1845 (Dalloz, 1851, 5, 375); Montpellier, 27 janvier 18 4 (Dalloz, 1855, 2, 113). Comparez Chabot, t. II, p. 661, note de Belost-Jolimont; Zachariæ, édition d'Aubry et Rau, t. IV, p. 399 et note 8.

prouve-t-elle pas contre la distinction que la jurisprudence admet? Il y a sept héritiers; cinq cèdent leurs droits successifs aux deux autres; cette cession isolée aurait été considérée comme une vente par la cour de cassation, tandis qu'elle décide que c'est un partage lorsque par le même acte les deux cessionnaires se partagent les biens héréditaires. Eh! qu'importe que ce partage se fasse par le même acte ou par un acte subséquent? Dans tous les cas, la cession est un *premier acte* du partage et se confond avec lui. Ayant le même but, elle doit aussi avoir le même effet.

Il y a quelques arrêts qui décident que la cession de droits successifs, même faite à un seul héritier par tous ses cohéritiers, est une vente, parce qu'un seul des héritiers obtient, dans ce cas, la totalité des biens héréditaires en nature, tandis que les autres n'obtiennent que de l'argent, et ces deniers proviennent, non de la succession, mais de l'héritier cessionnaire : ce n'est pas là, dit-on, une distribution de biens, c'est une vente (1). Sans doute, telle est la réalité des choses, mais nous sommes dans le domaine des fictions. Ce que l'on dit de la cession, on pourrait le dire de la licitation, quand tous les biens sont licités et qu'un seul héritier s'en rend adjudicataire; cet acte est aussi une vente, et néanmoins la loi l'assimile à un partage (art. 883). Il en doit être de même de la cession. Objectera-t-on que l'article 883 mentionne la licitation et ne parle pas de la cession? L'article 1408 répond à l'objection (n° 418); à vrai dire, les deux actes sont identiques, ils ne diffèrent que de nom et de formes; ils doivent donc produire le même effet.

**423.** La vente d'un bien héréditaire faite par tous les cohéritiers à l'un d'entre eux est aussi un partage, dans le sens de l'article 883. En effet, cet acte fait cesser l'indivision à l'égard de tous les héritiers, aussi bien qu'un partage partiel. On objecte que cet acte a tous les caractères d'une vente (2), ce qui est évident; mais quand une vente

(1) Toulouse, 14 décembre 1850 (Dalloz, 1851, 2, 85); Grenoble, 4 janvier 1853 (Dalloz, 1855, 2, 356). En sens contraire, Demolombe, t. XVII, p. 333, n° 279.
(2) Belost-Jolimont sur Chabot, t. II, p. 663. Vazeille, art. 883, n° 2.

est faite par des copropriétaires à leur copropriétaire, elle produit un effet particulier, c'est qu'elle met fin à l'indivision, c'est un *premier acte* du partage, donc la fiction que la loi établit pour le partage peut et doit s'appliquer à la vente. Où est la différence entre la vente faite à l'amiable et la licitation? Si tous les cohéritiers s'entendent pour céder un immeuble à l'un d'entre eux, pourquoi les obligerait-on à recourir à un notaire pour liciter le bien? La vente est dans ce cas une licitation volontaire; elle tombe donc sous l'application de l'article 883. Si l'on objectait que cet article consacre une fiction exorbitante du droit commun, on répondrait par le texte de l'article 1408. Nous croyons inutile d'insister, puisque cette opinion est généralement suivie (1).

**426.** La jurisprudence et la plupart des auteurs exigent que la cession fasse cesser l'indivision à l'égard de tous les héritiers, pour qu'elle soit assimilée à un partage. Il a été jugé que s'il existe plusieurs héritiers et que l'un d'eux cède ses droits à un seul, il n'y a pas de partage; c'est une vente, dit-on, puisque le cessionnaire, devenu propriétaire de deux portions, n'en demeure pas moins dans l'indivision avec ses autres cohéritiers qui n'ont pas pris part à cet acte (2). Il en est de même dans le cas où il aurait cédé ses droits à tous ses cohéritiers, si l'indivision continue à subsister entre ces derniers (3). A plus forte raison le décide-t-on ainsi quand un tiers se rend acquéreur des parts de quelques-uns des héritiers, puisque l'indivision continuera entre le cessionnaire et les autres héritiers (4).

Dans cette dernière hypothèse, il n'y a aucun doute. La licitation faite au profit d'un étranger est une vente (n° 399): par identité de raison, la cession faite à un étranger ne peut pas être assimilée à un partage. Il répugne à

(1) Zachariæ, édition d'Aubry et Rau, t. IV, p. 400 et note 9; Demolombe, t. XVII, p. 332, n° 278 et les autorités qu'ils citent.

(2) Rejet. 18 mars 1829; Lyon, 21 décembre 1831 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 2122. 1°).

(3) Rejet, 16 janvier 1827 et 6 novembre 1832. Chabot, t. II, p. 661 (note de Belost-Jolimont).

(4) Rejet, 18 mars 1829 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 2122, 1°).

l'essence du partage qu'un étranger y soit admis; donc dès que les biens héréditaires sont achetés par un étranger, il ne peut plus s'agir de partage.

Nous admettons également que la cession faite entre deux héritiers, sans le concours des autres, est une vente; on ne peut y voir un partage, parce qu'il est de l'essence du partage que tous les héritiers y concourent, donc l'acte qui se passe entre deux héritiers, à l'exclusion des autres, ne saurait être assimilé à un partage. La fiction doit imiter la réalité. Or, dans un partage réel, il faut le concours de tous les héritiers : cela est décisif. Il y a un arrêt en sens contraire; il décide que la cession faite par un héritier à un de ses cohéritiers est un partage dans le sens de l'article 883. La cour invoque l'article 889 qui porte que l'action en rescision pour cause de lésion n'est pas admise contre une vente de droit successif faite sans fraude à l'*un des cohéritiers*, ce qui prouve, dit-on, que cette vente est un partage, et qu'il y a lieu d'appliquer le principe de l'article 883 (1). En traitant de la nullité des partages, nous dirons quel est le vrai sens de l'article 889; et nous examinerons la question de savoir si cette disposition peut servir à interpréter le principe du partage déclaratif; à notre avis, la question doit être décidée négativement, elle est pour le moins douteuse; il convient donc de laisser de côté l'article 889 quand il s'agit de fixer le sens de l'article 883.

Reste l'hypothèse dans laquelle la cession est faite par un héritier à tous ses cohéritiers; l'indivision subsiste entre ceux-ci; on en conclut qu'il n'y a point de partage. Nous avons d'avance répondu à l'objection en établissant le principe qui gouverne cette matière (n° 418). Il n'y a aucune différence, à notre avis, entre la cession où tous les héritiers interviennent et la licitation qui se fait entre tous les héritiers; les raisons de décider étant les mêmes, il faut admettre que dans l'un et l'autre cas il y a partage. On objecte qu'une fiction ne doit pas s'étendre (2); rien de

(1) Montpellier, 21 décembre 1844 (Dalloz, 1845, 2, 130).

(2) Demante, t. III, p. 356, n° 225 *bis* II. Demolombe, t. XVII, p. 386, n° 287. Cassation, 13 août 1838 et rejet, 3 décembre 1839. Cassation, 19 janvier 1841 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 2122, 3° et 4°).

plus vrai, mais cette maxime n'est plus applicable quand les actes auxquels on veut appliquer la fiction sont identiques avec ceux que prévoit la loi; on n'étend pas, en ce cas, la fiction, on interprète le texte qui la consacre. C'est ce que la loi elle-même fait dans l'article 1408.

**427**. Il se présente bien des difficultés dans l'application de ces principes; les circonstances varient d'une espèce à l'autre. On doit donc se défier des citations en masse d'arrêts que l'on trouve chez les auteurs et chez les arrêtistes; si l'on veut prendre appui sur la jurisprudence, il faut avoir soin d'examiner de près les arrêts. Un héritier vend sa part à un de ses cohéritiers. D'après les principes que nous venons d'établir, cet acte est une vente quand on le considère isolément. Mais en matière de partage, on ne doit pas isoler les actes qui se passent entre les cohéritiers; il faut voir quel est le résultat de tous les actes. Eh bien, cet héritier cessionnaire achète ensuite les parts de ses autres cohéritiers; les parties déclarent même que c'est à titre de licitation; est-ce que l'ensemble de ces actes constitue un partage? Il a été jugé que c'étaient des ventes et que par suite il n'y avait pas lieu d'appliquer l'article 883; le cessionnaire, bien qu'étant héritier et unique propriétaire de tous les biens, restait donc soumis aux hypothèques constituées pendant l'indivision (1). A notre avis, l'ensemble de ces cessions constituait un partage. Il est certain que si elles s'étaient faites dans un seul et même acte, il y aurait eu partage, d'après la doctrine même consacrée par la jurisprudence. Or, la nature des actes change-t-elle selon que l'indivision cesse successivement ou en un seul moment? L'essentiel n'est-il pas que l'indivision cesse et que tous les héritiers concourent à l'acte ou aux actes qui la font cesser?

**428**. Les conséquences qui dérivent des deux principes différents sont certaines. Si l'on admet que l'acte est un partage, il sera déclaratif de propriété, les cohéritiers auront le privilége des copartageants, mais ils n'auront pas l'action en résolution. Tandis que si l'acte est une

(1) Rouen, 14 mai 1839 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 2122, 2°).

vente, il sera translatif de propriété, l'héritier vendeur aura le privilége du vendeur, ainsi que l'action en résolution (n[os] 412-414).

L'un des héritiers cède ses droits successifs à un cohéritier; des créanciers ont pris inscription sur les biens de l'hérédité pendant l'indivision. Ces hypothèques subsistent en principe, cela n'est pas douteux, puisque, de l'avis de tout le monde, cette cession est une vente (1). Est-ce à dire que l'hypothèque reste acquise au créancier et qu'elle soit à l'abri des éventualités du partage? On suppose que par suite d'actes postérieurs à la première cession, le cessionnaire devienne acquéreur de toute l'hérédité. Dans ce cas, si c'est un cessionnaire étranger, les hypothèques subsisteront, la cession à un étranger, fût-ce de toute l'hérédité, étant toujours une vente. La jurisprudence et la doctrine sont unanimes sur ce point, et il n'y a réellement aucun doute (2). Mais si le cessionnaire est un héritier, il concourra au partage définitif; le sort de l'hypothèque dépendra alors des éventualités du partage. Il a été jugé que si l'héritier cessionnaire transmet, à son tour, sa part héréditaire et celle qui lui a été cédée au cohéritier avec lequel il se trouvait encore en indivision, il y a lieu d'appliquer l'article 883; le dernier cessionnaire étant devenu propriétaire en vertu d'une cession qui a mis fin à l'indivision entre cohéritiers, est censé avoir toujours été propriétaire exclusif des biens héréditaires; de là la conséquence que les hypothèques consenties par ses cohéritiers tombent (3). Si, au contraire, l'indivision continue entre le cessionnaire et ses cohéritiers, il y aura vente, par suite translation de propriété; d'où suit que les hypothèques consenties pendant l'indivision subsistent (4).

D'après le code civil, il importe beaucoup de savoir si les héritiers, en cas de cession, ont le privilége du vendeur ou celui du copartageant, puisque ce dernier privi-

(1) Cassation, 6 mai 1844 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 2122, 6°).
(2) Nous nous bornons à citer le dernier arrêt de cassation du 9 janvier 1854 (Dalloz, 1854, 1, 31, et les autorités qui sont citées en note).
(3) Rejet, 13 décembre 1853 (Dalloz, 1854, 1, 331).
(4) Rejet, 2 avril 1851 (Dalloz, 1851, 1, 97).

lége doit être inscrit dans les soixante jours (art. 2109). Cette différence entre les deux priviléges n'existe plus, d'après la loi hypothécaire belge (art. 29, 30 et 33). Il a été jugé, sous l'empire du code civil, que la cession qu'un héritier fait à l'un de ses cohéritiers de ses droits successifs n'est pas un partage, et par suite ne donne pas au cédant le privilége des copartageants(1); ce qui est aussi vrai dans notre opinion, et d'après le droit belgique. Il en serait ainsi lors même que les parties auraient qualifié l'acte de licitation; cette qualification est impropre, puisque la licitation suppose des enchères et le concours de tous les héritiers appelés à enchérir, tandis que, dans l'espèce, il n'y a qu'un vendeur et un acheteur. Mais si le cessionnaire avait déjà acheté les droits successifs de tous les autres héritiers, la dernière cession faisant cesser l'indivision d'une manière complète, l'acte serait un partage, et donnerait par conséquent au cédant le privilége du copartageant (2).

Quand la cession de droits successifs constitue une vente, elle donne au vendeur le droit de résolution à défaut de payement du prix. Telle est la cession faite par un héritier à l'un de ses cohéritiers, lequel reste dans l'indivision avec les autres héritiers (3). Si, au contraire, la cession faisait cesser l'indivision entre tous les héritiers, il y aurait partage, et le partage n'est pas soumis à la condition résolutoire. Nous reviendrons sur ce dernier point (4).

Il y a une dernière conséquence sur laquelle il ne peut guère y avoir de doute, du moins en principe; l'application fait toujours naître des difficultés dans cette difficile matière. Lorsque la cession est faite par un héritier à l'un de ses cohéritiers, il y a vente; puisqu'il n'y a pas de partage, la succession reste indivise, et par suite l'action en partage est toujours recevable. Il a été jugé que les créan-

(1) Toulouse, 14 décembre 1850 (Dalloz, 1851, 2, 85) et 2 janvier 1847 (Dalloz, 1847, 2, 103).
(2) Montpellier, 27 janvier 1854 (Dalloz, 1854, 2, 113).
(3) Rejet, 13 décembre 1852 (Dalloz, 1853, 1, 129). Montpellier, 9 juin 1853 (Dalloz, 1854, 2, 173).
(4) Voyez les arrêts rapportés par Dalloz, au mot *Succession*, nos 2094 et 2095.

ciers personnels du cédant peuvent l'intenter en vertu de l'article 2205. Tel serait le cas où le cédant aurait constitué une hypothèque sur les immeubles héréditaires. Les créanciers ne pouvant pas poursuivre la vente des biens hypothéqués, avant le partage, ont intérêt et droit à le provoquer; on ne peut pas leur opposer que leur hypothèque est éteinte en vertu de l'article 883, puisque le principe du partage déclaratif n'est pas applicable à la vente; l'hypothèque subsistant, les créanciers peuvent user du droit que leur donne l'article 2205 (1). En est-il de même des créanciers personnels du cédant? S'ils ont formé opposition avant la cession, il n'y a pas de doute, ils pourront intervenir au partage et même le provoquer; le débiteur ne peut pas, en cédant ses droits, leur enlever le bénéfice de leur opposition; l'opposition est une espèce de saisie qui empêche le débiteur de vendre au préjudice de ses créanciers. La cour de Paris a accordé le même droit aux créanciers qui forment opposition après la cession (2). Cette décision nous paraît difficile à concilier avec le principe élémentaire qui permet au débiteur de disposer de ses biens, et qui ne donne aux créanciers personnels d'autre action que l'action paulienne, si la vente a été faite en fraude de leurs droits. Sans doute, comme le dit la cour, il n'y a pas de partage dans l'espèce, et le partage pourra toujours être demandé, mais il ne peut plus être provoqué par le cédant, puisqu'il a cédé tous ses droits successifs. L'action en partage appartiendra au cessionnaire, et partant aux créanciers de celui ci.

**429.** Les principes d'après lesquels on décide que la cession de droits successifs est un partage ou une vente reçoivent-ils exception lorsque telle est l'intention des parties contractantes? En d'autres termes, appartient-il aux parties intéressées de déterminer la nature et les effets de l'acte qu'elles font? Ainsi une cession faite par tous les héritiers à un seul d'entre eux est un partage, d'après la doctrine que nous venons d'exposer: dépend-il des parties

(1) Rejet, 2 avril 1851 (Dalloz, 1851, 1, 97). Cassation, 19 janvier 1841 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 2122, 4°).
(2) Paris, 18 février 1843 (Dalloz, 1855, 2, 77).

de qualifier cet acte de vente et de lui attribuer les effets d'une vente? De même, on admet que la cession qui ne fait pas cesser l'indivision entre tous les héritiers est une vente : les parties peuvent-elles convenir que cet acte sera un partage? La jurisprudence et la doctrine sont en complet désaccord sur cette question. Nous nous rangeons sans hésiter du côté des auteurs qui enseignent que les parties ne peuvent pas déroger au principe consacré par l'article 883, car c'est à cela qu'aboutit logiquement la jurisprudence. La loi décide que l'acte qui fait cesser l'indivision entre les héritiers est un partage, et que le partage est déclaratif de propriété. Les parties peuvent-elles dire : « Tout en mettant fin à l'indivision, nous entendons faire une vente, et nous voulons que notre convention produise les effets d'une vente, c'est-à-dire qu'elle soit translative de propriété? » Ou les parties font un acte qui, d'après l'interprétation que l'on donne à l'article 883, est une vente : telle serait une cession que l'un des héritiers fait à tous ses cohéritiers; peut-on stipuler que cette vente sera un partage? Nous ne saurions l'admettre. Sans doute les parties contractantes peuvent faire telles conventions qu'elles veulent; il y a cependant des limites à cette liberté. D'abord elles ne peuvent pas déroger aux lois qui concernent l'ordre public, et telle est, à notre avis, la disposition de l'article 883. Pourquoi la loi établit-elle une fiction, au lieu de s'en tenir à la réalité des choses? C'est parce que la doctrine romaine, qui est la vraie doctrine, conduisait à des évictions et à des actions récursoires. Le législateur a voulu donner de la stabilité à la propriété, il a voulu assurer la tranquillité des familles : n'est-ce pas là un intérêt public? Et si c'est par des considérations d'intérêt général que la loi décide que le partage est déclaratif de propriété, conçoit-on que les parties contractantes aient le droit de convenir que le partage est attributif de propriété, ou réciproquement qu'un acte translatif de propriété aura les effets d'un partage? Même abstraction faite de l'intérêt public, cela ne se concevrait pas. Chaque contrat a ses conditions essentielles ; ces conditions existent-elles, le contrat existe, et il ne dépend pas des parties d'en

changer la nature et les effets. La vente et l'échange sont des contrats qui présentent la plus grande analogie ; ils sont d'intérêt privé. Est-ce à dire que les parties puissent, à leur volonté, transformer la vente en échange ou l'échange en vente (1)?

La question s'est d'abord présentée en matière de privilége. Deux héritiers sont appelés à une succession ; l'un d'eux vend ses droits successifs à l'autre; cet acte faisant cesser l'indivision est assimilé à un partage par l'article 883 combiné avec l'article 1408. Telle est la jurisprudence constante de la cour de cassation. Mais il plaît aux parties de considérer cette cession comme une vente; dès lors l'acte produira au profit du cédant le privilége du vendeur (2). La cour de cassation qui l'a décidé ainsi a-t-elle bien réfléchi à la nature du privilége? C'est la loi qui l'accorde, c'est elle qui détermine les conditions requises pour l'exercice du privilége; elle le fait dans l'intérêt des tiers, donc dans un intérêt général. Et il dépendrait des parties de s'attribuer le privilége du vendeur, au lieu du privilége des copartageants que la loi leur accorde? c'est-à-dire un privilége qui, d'après le code civil, pouvait toujours être inscrit utilement, tandis que le privilége des copartageants devait être inscrit dans les soixante jours?

La vente est soumise à la condition résolutoire tacite, à défaut de payement du prix, tandis que la condition résolutoire n'est pas sous-entendue dans le partage. Suffit-il que les héritiers qualifient de vente un acte qui met fin à l'indivision, et qui par conséquent est un partage, pour que la convention puisse être résolue? Cela a été jugé ainsi par la cour de Montpellier dans un cas où les parties ne s'étaient pas même servies du mot de vente; la cour décida que c'était une vente par interprétation des diverses clauses de l'acte; et la cour de cassation confirma cette décision par un arrêt de rejet (3). Peut-on admettre qu'il y a con-

(1) Comparez Dutruc, *Du partage*, p. 57, nº 39; Demolombe, t. XVII, p. 335, nº 282.
(2) Deux arrêts de rejet du 25 juin 1845 (Dalloz, 1845, 1, 376 et 377).
(3) Montpellier, 19 décembre 1855 et rejet du 12 août 1856 (Dalloz, 1857, 1, 8).

dition résolutoire, sans que les parties l'aient stipulée, alors que l'acte fait cesser l'indivision, et que les partages, par leur nature, ne sont pas soumis à la condition résolutoire ?

Les partages ne sont pas soumis aux mêmes droits que les ventes. Quels droits faut-il percevoir lorsque les héritiers ont fait un acte qui fait cesser l'indivision entre tous copartageants ? Il a été jugé que cet acte est une vente, bien que les parties déclarent qu'il a pour objet de faire cesser l'indivision entre les contractants. Dans l'espèce, l'acte avait la forme d'un contrat de vente, il contenait réserve expresse du privilége et de l'action résolutoire que la loi accorde au vendeur; et il ajoutait que les vendeurs ne garantissaient que leur qualité d'héritier (1). Au point de vue du droit fiscal, la décision peut être très-juridique. Mais au point de vue du principe établi par l'article 883, se peut-il qu'un acte qui fait cesser l'indivision ne soit pas un partage?

Si un partage peut être une vente par la volonté des parties, la vente aussi pourra se transformer en partage, si tel est leur bon plaisir. Nous disons que le bon plaisir des héritiers déterminera la nature de l'acte; un arrêt récent de la cour de cassation le prouve. Elle a toujours jugé qu'un acte qui ne fait cesser l'indivision que pour l'un des héritiers et qui la laisse subsister à l'égard des autres est une vente. Et voilà qu'elle décide que cette vente peut être un partage : telle est la cession qu'un héritier fait à ses cohéritiers de sa portion héréditaire (2). Un seul et même acte peut-il, en vertu de la volonté des parties, être tantôt une vente, tantôt un partage ? Cette doctrine aboutit nécessairement à l'incertitude et à l'arbitraire.

Est-ce là ce qu'a voulu le législateur en faisant du partage un acte déclaratif de propriété? Non, certes; il a voulu, au contraire, la stabilité des conventions et le repos des familles. Pour ne pas exposer les copartageants à des évictions et à des actions récursoires, il a consacré une

(1) Rejet, 29 juillet 1857 (Dalloz, 1857, 1, 443).
(2) Rejet, 25 avril 1864 (Dalloz, 1864, 1, 225).

fiction; il ne peut pas dépendre de la volonté des parties que la fiction existe ou qu'elle n'existe pas; c'est la loi qui seule a le pouvoir de décider dans quel cas un acte qui par lui-même transfère la propriété ne fait que la déclarer. La loi est très-claire si l'on veut s'en tenir à son texte et à son esprit. Il n'y a aucun doute lorsque le partage se fait en nature; qu'il s'étende à toute l'hérédité ou qu'il ne comprenne que certains biens, qu'il se fasse entre tous les héritiers ou que l'indivision ne cesse qu'à l'égard de l'un d'eux, toujours est-il qu'il y a partage. Il en est de même en cas de licitation, parce que la licitation se fait nécessairement entre tous les héritiers. Cela est vrai aussi de la cession quand tous les héritiers y interviennent. Ils auraient beau dire qu'ils veulent faire une vente, la loi dit que c'est un partage, et les héritiers ne peuvent pas transformer un partage en vente. Que si la licitation a lieu au profit d'un étranger, ou si la cession n'intervient pas entre tous les héritiers, il y a vente, quand même les parties contractantes auraient qualifié cet acte de partage, ou qu'elles auraient inséré dans leur acte des clauses qui supposent un partage. Si l'on s'en tient à ce principe, l'incertitude disparaît, et le but que le législateur a eu en vue est atteint.

#### b) De la cession de droits indivis dans des immeubles héréditaires.

**430**. La cour de cassation applique les principes que nous venons d'exposer à la cession qu'un héritier fait de son droit indivis dans un immeuble de l'hérédité. Il n'y a pas à distinguer, en effet, entre la cession qui comprend tous les droits successifs du cédant et celle qui ne porte que sur un immeuble ou sur plusieurs immeubles. Le partage peut être partiel (n° 291); donc les actes assimilés au partage peuvent aussi être partiels. De là suit que les mêmes principes sont applicables dans l'une et l'autre hypothèse. Si l'on admet avec la cour de cassation qu'il y a vente et non partage, lorsque l'acte intervenu entre des héritiers ne fait pas cesser l'indivision à l'égard de tous les héritiers, il faut admettre aussi que la cession que fait l'un des

copropriétaires d'un immeuble de ses droits indivis à ses copropriétaires, entre lesquels l'indivision continue de subsister, est une vente. De là suit que les hypothèques consenties sur cet immeuble, pendant l'indivision, continuent à subsister après la cession, la vente ne portant aucune atteinte aux hypothèques qui grèvent la chose vendue (1).

Quelle est la base de la distinction que fait la jurisprudence entre les actes qui font cesser l'indivision à l'égard de quelques héritiers seulement, et ceux qui la font cesser à l'égard de tous? C'est que l'article 883 consacre une exception au droit romain, et que toute exception doit être restreinte dans les limites que la loi établit (2). N'est-ce pas résoudre la question par la question? La difficulté est précisément de savoir si un acte qui intervient entre tous les héritiers est un partage, alors qu'il fait cesser l'indivision à l'égard de quelques-uns. Il est certain que le partage proprement dit peut se faire entre un héritier et tous ses cohéritiers, l'indivision ne cessant qu'à l'égard du premier, à qui on donne son lot, tandis qu'elle continue à l'égard des autres. Par la même raison, la licitation d'un ou de plusieurs immeubles faite par tous les héritiers entre eux est assimilée par la loi à un partage; l'indivision cesse partiellement, quant au bien licité, par la volonté de tous les héritiers, comme, dans la première hypothèse, elle cesse à l'égard d'un héritier, par la volonté de tous. Qu'est-ce qui fait donc l'essence du partage et des actes que la loi assimile au partage? C'est que l'indivision cesse par la volonté de tous les héritiers, sans qu'il y ait lieu de distinguer si elle cesse à l'égard de tous les successibles, ou à l'égard de quelques-uns, si elle cesse pour toute l'hérédité ou pour certains objets héréditaires. C'est par le concours de tous les héritiers que se font les partages partiels; pourquoi leur défendrait-on de faire des partages partiels par voie de cession? S'il convient à certains héritiers de

(1) Rejet, 18 mars 1829 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 2122, 1°). Cassation, 22 novembre 1854 (Dalloz, 1854, 1, 421).

(2) Colmar, 1er février 1855 (Dalloz, 1856, 2, 13). Lyon, 21 décembre 1831 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 2122, 1°) et 29 juillet 1853 (Dalloz, 1854, 2, 236).

rester dans l'indivision, tandis que d'autres veulent sortir d'indivision et désirent avoir leur part héréditaire en argent, pourquoi ne leur permettrait-on pas de vendre à leurs cohéritiers leurs droits dans les immeubles héréditaires? On le leur permet, dans la doctrine de la cour de cassation, lorsqu'ils donnent à leur contrat la forme d'une vente; on ne le leur permet point lorsqu'ils traitent sous forme de partage. Cependant le but de l'article 883 a été de favoriser les partages, en consolidant la copropriété des copartageants, et en les mettant à l'abri de toute action récursoire. Y a-t-il des raisons pour favoriser les partages généraux sous forme de cession, et pour ne pas favoriser des partages partiels sous la même forme? Nous les cherchons vainement.

**431**. La jurisprudence n'est pas aussi unanime qu'on le dit. Il y a des arrêts que l'on cite en faveur de l'opinion générale, et qui, en réalité, consacrent la doctrine que nous venons d'exposer. Elle est formulée nettement dans un arrêt de la cour de Lyon ; on lit dans les considérants : « Les actes faits entre cohéritiers ne peuvent avoir les vrais caractères d'un partage qu'autant qu'il s'agit d'actes qui ont lieu *entre eux tous*, dans leur *intérêt commun*, et non point lorsqu'il s'agit seulement de traités particuliers, intervenus entre quelques-uns des cohéritiers (1). » Par application de ce principe, il faut décider avec la jurisprudence que la cession que l'un des héritiers fait à son cohéritier de sa part indivise dans les immeubles n'est pas un partage, puisque les autres héritiers n'interviennent pas à l'acte. Par contre, si un héritier cède à tous ses cohéritiers soit ses droits successifs, soit ses droits indivis dans les immeubles, il y a partage, parce que ce traité se fait dans l'intérêt et avec le concours de tous les héritiers. La question a été décidée en ce sens, dans une espèce analogue, par la cour de Metz (2). Deux héritiers vendent leur part indivise dans des immeubles héréditaires à quatre cohéritiers qui restent dans l'indivision. Il a été jugé que

(1) Lyon, 21 décembre 1831 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 2122, 1°).
(2) Metz, 20 décembre 1865 (Dalloz, 1866, 2, 10).

ce traité est un partage. L'arrêt établit très-bien la différence qui existe entre cette hypothèse et celle où un héritier vend à un cohéritier ses droits indivis, sans le concours des autres. Dans le dernier cas, il n'y a pas partage, par la raison que les héritiers entre lesquels l'indivision subsiste n'ont pas concouru à la cession; et peut-il y avoir partage sans le concours de toutes les parties intéressées? Tandis que si tous les héritiers concourent dans une cession, il y aura partage partiel; les cédants deviennent étrangers à l'hérédité, ils sont lotis par le commun accord de tous les intéressés. Y a-t-il une différence entre cette cession et un partage partiel fait en nature? Et s'il n'y a pas de différence, pourquoi la cession n'aurait-elle pas les effets du partage?

IV. *Limites du principe.*

**432.** L'article 883 est-il de stricte interprétation, en ce sens qu'il doit être limité au cas précis pour lequel il a été porté, et qu'on ne peut pas l'étendre à des hypothèses que le législateur n'a pas prévues? Au premier abord, l'affirmative paraît évidente. L'article 883 consacre un principe qui est en opposition avec la réalité des choses, il repose sur une fiction; ce n'est pas par la voie de la théorie, de la science qu'il est entré dans notre code, il doit son origine à des intérêts pratiques, et si le législateur l'a consacré, c'est uniquement à raison des inconvénients que la doctrine romaine présentait dans l'application. Voilà bien des raisons pour restreindre la disposition de l'article 883 : c'est une exception, c'est une fiction; à ce double titre, on doit l'interpréter restrictivement. D'excellents auteurs en ont conclu que si le partage est déclaratif et non attributif de propriété, c'est uniquement, en matière civile, pour que les droits réels institués pendant l'indivision par l'un des copartageants soient limités aux seuls biens qui formeront plus tard son lot. A tous autres égards, dit-on, la fiction cesse d'être applicable, le partage reprend son véritable caractère, il est attributif de propriété (1).

(1) Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, p. 519, n° 779.

La cour de cassation a consacré ce principe d'interprétation dans les arrêts qui décident que l'article 883 n'est pas applicable à la cession de droits successifs qui laisse subsister l'indivision entre le cessionnaire et les autres héritiers. On lit dans les considérants que toute dérogation au droit général, toute fiction doit être strictement restreinte au cas spécial pour lequel elle a été littéralement consacrée, qu'il ne peut jamais être permis d'étendre une fiction, une dérogation, par analogie, d'un cas à un autre; or, l'article 883 admet une fiction dont l'unique objet est de favoriser les partages; cette fiction doit donc être restreinte au cas pour lequel elle est établie (1). Dans un autre arrêt, on lit que l'article 883 est une exception au droit commun, suivant lequel l'hypothèque subsiste sur tous les immeubles grevés, et les suit dans quelques mains qu'ils passent, et qu'une exception de cette nature doit nécessairement être restreinte aux seuls cas expressément déterminés par la loi (2).

**433**. Ces arrets sont de 1835 et de 1838. En 1845, la cour eut à juger la question de savoir si le principe du partage déclaratif est applicable au cas où une servitude appartient à plusieurs propriétaires par indivis; l'un d'eux est mineur; la prescription ne court point contre lui; la servitude sera-t-elle conservée même à l'égard de l'héritier majeur dans le lot duquel tombe le fonds dominant? Non, répond la cour, car cet héritier est censé avoir toujours été seul propriétaire de l'immeuble, tandis que l'héritier mineur est censé n'en avoir jamais eu la propriété; donc la prescription a couru contre l'héritier majeur. Voilà certes une interprétation extensive de l'article 883; les cohéritiers ne sont plus en cause, il ne s'agit point de charges réelles établies pendant l'indivision; il n'y a pas d'éviction à craindre, pas d'actions récursoires. On n'est ni dans le texte ni dans l'esprit de l'article 883. Pourquoi donc la cour l'a-t-elle appliqué? Parce que « c'est d'une manière *générale* et *absolue* que l'article 883 déclare

(1) Rejet, 27 mai 1835 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 2126 2°).
(2) Cassation, 13 août 1838 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 2122, 3°).

que chaque cohéritier est censé avoir succédé seul, et immédiatement, à tous les effets compris dans son lot (1). » La même question se présenta en 1853 : même décision fondée sur le même motif. Dans ce second arrêt, la cour décide formellement que le principe consacré par l'article 883 est un principe fondamental de notre droit. « L'article 883, dit-elle, en proclamant la rétroactivité des partages, en détermine le *caractère essentiel*, qui est de rattacher immédiatement à la personne du défunt la personne de l'héritier copartageant, en faisant abstraction de l'époque intermédiaire entre l'ouverture de la succession et son partage (2). »

**434**. Voilà deux systèmes absolument contraires; lequel est le vrai? La cour de cassation paraît être en contradiction complète avec elle-même; et en apparence on peut nous faire le même reproche; en effet, nous avons combattu l'interprétation *extensive* que la cour a faite de l'article 883 au cas de la prescription des servitudes (3); et nous venons de combattre l'interprétation restrictive que la cour suit en matière de cession de droits successifs. Y a-t-il moyen de concilier ces contradictions apparentes? Nous avons d'avance répondu à la question, en exposant l'origine et le caractère du principe consacré par l'article 883 (n° 396). C'est un principe différent de celui que les jurisconsultes romains professaient. Il y a donc un changement de doctrine; il faut l'accepter à titre de principe, et non comme une disposition exceptionnelle; c'est une règle qui remplace une autre règle. Cette règle doit être appliquée à tous les cas pour lesquels elle est faite; or, elle est établie pour régler les rapports des cohéritiers qui sortent d'indivision, pour déterminer leurs droits et leurs obligations. Donc on ne peut pas la limiter aux charges établies pendant l'indivision; le texte ne restreint pas le principe à cette hypothèse, il est conçu en termes généraux, et il doit être appliqué dans sa généralité. Voilà pourquoi nous n'avons pas hésité à en faire l'application à

(1) Cassation, 2 décembre 1845 (Dalloz, 1846, 1, 21).
(2) Cassation, 29 août 1853 (Dalloz, 1853, 1, 250).
(3) Voyez le tome VIII de mes *Principes*, p. 391, n° 322.

l'aliénation que l'un des héritiers aurait faite d'un bien indivis (n° 405). On ne peut pas davantage le limiter au partage proprement dit; le texte même étend le principe à la licitation et l'article 1408 prouve qu'on doit l'étendre à tout acte qui équivaut au partage. Donc il faut l'appliquer à tout acte que l'on peut assimiler au partage, par conséquent même à l'acte par lequel l'indivision cesse à l'égard de quelques héritiers seulement : c'est la raison pour laquelle nous nous sommes écartés, en ce point, de la jurisprudence française (n° 418), et que nous avons rejeté l'interprétation restrictive sur laquelle elle est fondée. Est-ce à dire que nous étendions une exception au delà des limites légales? Nous nions qu'il y ait exception. Une fois qu'un principe est consacré par la loi, c'est une règle, ce n'est plus une exception. Les auteurs du code civil avaient à choisir entre deux principes, celui du droit romain, le partage attributif de propriété, et celui du droit français, ou le partage déclaratif; ils se sont prononcés pour ce dernier; dès lors l'interprète doit l'accepter comme une règle, comme l'expression de la vérité; et il y a, en effet, une vérité relative dans la disposition de l'article 883, comme nous en avons fait la remarque (n° 396).

Est-ce à dire que le principe de l'article 883 doive être appliqué à tous les cas où il s'agit de déterminer les effets du partage? Nous avons rejeté l'application que la cour de cassation en a faite à la prescription des servitudes : est-ce une contradiction? Non; on ne peut nier que le partage déclaratif repose sur une fiction; les termes mêmes de la loi l'attestent; or, les fictions n'ont jamais l'étendue qui appartient aux principes juridiques. Il y a donc une limite dans toute fiction, c'est celle de l'objet pour lequel elle a été créée par le législateur. Si les auteurs du code avaient fait connaître le but précis de la fiction qu'ils ont consacrée, il n'y aurait pas de difficulté : ce but serait la limite que nous cherchons. Malheureusement rien n'a été dit dans les travaux préparatoires qui puisse nous éclairer sur la portée de la fiction qui est formulée par l'article 883. On nous renvoie à la tradition. Nous reconnaissons que si la tradition était certaine, elle serait déci-

sive dans une matière traditionnelle; mais la tradition est très-douteuse. C'est contre la fiscalité féodale que le principe a été imaginé; or, il se trouve que le droit fiscal a abandonné la tradition en certains points, tandis que le droit civil l'a maintenue. D'autre part, les interprètes de l'ancien droit étaient loin de s'accorder entre eux sur l'étendue de la fiction qu'ils admettaient tous, en l'étendant plus ou moins. De là les difficultés extrêmes de cette matière. Il faut se garder de poser une règle d'interprétation absolue, en s'en tenant à la lettre de l'article 883. Dans l'application de cet article, on doit nécessairement tenir compte des matières auxquelles on l'applique. C'est ce que nous avons fait dans la question de la prescription. Nous ajournons l'examen des autres difficultés, pour les examiner séparément là où est le siége de la matière.

**435.** Nous nous bornons à une application qui concerne une matière dont nous avons déjà exposé les principes. Il a été jugé qu'en cas de licitation, le prix n'est pas censé dû par le colicitant acquéreur à dater du jour de l'ouverture de la succession, malgré la rétroactivité du partage. Ici la fiction est en conflit avec la réalité; la cour a fait la part à la fiction et la part à la réalité. En vertu de la fiction, l'héritier adjudicataire est censé propriétaire dès l'ouverture de l'hérédité; cette fiction est maintenue. Est-ce à dire qu'il soit débiteur du prix à partir de ce moment? La loi ne prononce pas cette rétroactivité, pas plus que celle de la soulte que l'un des copartageants doit à l'autre. Dans l'espèce, la licitation s'était faite entre un père et ses enfants; le père avait acquis tous les biens indivis; les enfants prirent inscription sur ses biens pour garantie de l'hypothèque légale que la loi leur donne sur les biens du tuteur; ils étaient mineurs à l'époque de l'ouverture de l'hérédité, et, lors de la licitation, ils étaient majeurs. Y avait-il réellement hypothèque légale? Si la dette avait rétroagi, les deniers dus eussent été des deniers pupillaires, et par suite il y aurait eu hypothèque légale. Mais la dette ne datant que du jour de la licitation, il ne pouvait être question de deniers pupillaires, puisque les enfants avaient atteint leur majorité. Les enfants avaient,

à la vérité, un privilége, comme copartageants, mais ce privilége devait être inscrit, d'après le code civil, dans les six semaines; faute d'avoir pris inscription dans ce délai, ils perdaient leur privilége (art. 2109) (1).

### N° 2. DE LA GARANTIE DES LOTS.

#### I. *Dans quels cas elle est due.*

**436.** « Les cohéritiers demeurent respectivement garants, les uns envers les autres, des troubles et évictions seulement qui procèdent d'une cause antérieure au partage » (art. 884). Quel est le fondement de cette obligation? La garantie suppose un contrat à titre onéreux par lequel l'une des parties reçoit quelque chose de l'autre en échange de ce qu'elle lui donne. Telle est la vente. Tel est aussi, d'après les vrais principes, le partage, car il implique un échange (n° 395). Mais d'après la fiction consacrée par l'article 883, le partage n'est pas un échange, et les copartageants ne tiennent rien l'un de l'autre; ils tiennent leur droit directement du défunt ou de la loi. Dans cet ordre d'idées, la garantie ne se conçoit pas; elle n'a plus de fondement juridique. Pothier a essayé de la justifier, tout en maintenant la fiction du partage déclaratif. « La seule raison, dit-il, sur laquelle est fondée, dans notre droit, la garantie des copartageants, c'est que l'égalité qui doit régner dans les partages, se trouvant blessée par l'éviction que souffre un des partageants dans quelqu'une des choses tombées dans son lot, la loi qui exige cette égalité, oblige chacun des copartageants à la rétablir (2). » Cette explication, reproduite par Chabot, n'explique rien, à vrai dire. Pothier dit que l'égalité doit régner entre copartageants : il ne nous dit pas le motif juridique de cette obligation : s'il n'y a aucun lien entre les héritiers qui se partagent l'hérédité, on cherche vainement une cause de l'égalité qui doit exister entre eux. On peut dire aussi que l'égalité doit régner entre les légataires,

(1) Rennes, 31 mars 1841 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 2111).
(2) Pothier, *De la vente*, n° 633. Chabot, t. II, p. 665, n° 1 de l'article 884.

en ce sens que chacun doit avoir la part que lui donne le testateur, ni plus ni moins; cependant l'obligation de garantie n'existe pas entre eux. Pourquoi? Parce qu'ils ne tiennent rien l'un de l'autre. Si les cohéritiers se doivent garantie, c'est qu'en réalité le partage est un contrat commutatif. Voilà une nouvelle preuve que le principe de l'article 883 est une fiction; mais la fiction ne peut pas détruire la réalité, et l'obligation de garantie est une conséquence de la réalité des choses (1).

**437**. Aux termes de l'article 1626, la garantie est due par le vendeur, quoiqu'elle n'ait pas été stipulée; elle existe de droit en vertu de la nature du contrat. Il n'y a pas de disposition analogue au titre des *Successions* pour la garantie des copartageants, mais il n'est pas douteux que le même principe ne soit applicable. C'est la loi qui impose cette obligation aux copartageants, elle n'a donc pas besoin d'être stipulée; elle résulte d'ailleurs de la nature du partage, comme nous venons de l'établir, aussi bien que de la nature de la vente. L'article 1627 ajoute que les parties peuvent, par des conventions particulières, ajouter à cette obligation de droit ou en diminuer l'effet. Il a été jugé qu'il en est de même pour la garantie due entre copartageants. Dans l'espèce, les cohéritiers avaient stipulé la garantie de la solvabilité des débiteurs, alors même qu'elle serait survenue depuis le partage consommé, en limitant cette obligation à deux ans. C'était étendre la garantie telle que la loi la définit (art. 884 et 886). Les parties en avaient-elles le droit? A notre avis, l'affirmative n'est pas douteuse (2) : les particuliers peuvent faire telles conventions qu'ils veulent, pourvu qu'elles ne dérogent point à des lois qui concernent l'ordre public et les bonnes mœurs; or, les clauses qui étendent ou restreignent la garantie sont purement d'intérêt privé, elles sont étrangers aux bonnes mœurs et à l'ordre public, donc elles sont licites (3).

(1) Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, p. 557, n° 791.
(2) Chabot le dit dans son Rapport au Tribunat, n° 58 (Locré, t. V, p. 126).
(3) Grenoble, 16 décembre 1843 (Dalloz, 1845, 2, 93).

Il a cependant été jugé que les copartageants ne pouvaient pas limiter la durée de l'action en garantie à un terme moindre que celui de la loi (art. 2262), par exemple à dix ans. Si, dit la cour de Bruxelles, il était permis aux parties intéressées de limiter la durée de la garantie à dix ans, elles pourraient aussi la fixer à quelques mois ou à quelques jours, ce qui aboutirait à éluder la loi (1). Le motif n'est pas très-décisif. Il s'agit de savoir si les parties contractantes peuvent déroger aux dispositions de la loi qui fixent la durée de la prescription; or, la négative est évidente, puisque la prescription est essentiellement d'ordre public; on ne peut pas plus y déroger en matière de partage qu'en toute autre matière.

**438.** Aux termes de l'article 1625, la garantie que le vendeur doit à l'acheteur a deux objets : la possession paisible de la chose vendue et les défauts cachés de cette chose ou les vices rédhibitoires. L'article 884 ne parle que de la première garantie. De là la question de savoir si les copartageants sont tenus de la garantie à raison des vices cachés. Il y a quelque doute. On peut dire avec Demante que, si, dans la vente, la garantie des vices rédhibitoires est de droit, on doit l'admettre à plus forte raison entre copartageants, parce que l'égalité est plus essentielle dans le partage que dans la vente. Mais peut-on imposer des obligations par argument *a fortiori?* Le silence de l'article 884 ne témoigne-t-il pas que le législateur n'a point voulu imposer aux copartageants une autre garantie que celle de la paisible possession? D'ailleurs les mêmes motifs n'existent pas dans les deux contrats. Si le vendeur est tenu des vices rédhibitoires, ce n'est pas parce que l'égalité doit régner dans la vente, c'est parce que l'acheteur n'aurait pas acheté une chose vicieuse. Or, peut-on dire que les copartageants n'auraient pas partagé une chose infectée de vices cachés? Il faut bien qu'ils la partagent d'une façon ou de l'autre, puisqu'elle se trouve dans la masse héréditaire. Seulement si les défauts avaient été connus, on l'aurait estimée en conséquence. C'est donc

(1) Bruxelles, 20 uillet 1844 (*Pasicrisie*, 1845, 2, 272).

une question de lésion : le copartageant a-t-il une action quand il est lesé? Oui, mais à la condition qu'il soit lésé de plus du quart. Nous ne croyons pas qu'en dehors de cette condition, le copartageant ait une action à raison du préjudice qu'il éprouve (1).

**439**. Les cohéritiers sont garants des troubles et évictions. On entend par éviction, dans le sens propre du mot, le délaissement que le possesseur est obligé de faire de la chose en vertu d'une sentence judiciaire qui l'y condamne. Mais ce mot a reçu une signification beaucoup plus large en matière de garantie : le possesseur a droit à la garantie, pour cause d'éviction, toutes les fois qu'il ne peut pas conserver la chose en vertu du titre qui la lui a transmise; ainsi, si la chose mise au lot d'un héritier n'appartenait pas à la succession, et si l'héritier en devient propriétaire par voie d'achat ou d'hérédité, il sera évincé au moment même où il acquerra la propriété. C'est en ce sens général que Pothier dit que l'héritier a droit à la garantie, lorsque les choses mises dans son lot ne sont pas telles qu'elles ont été déclarées par le partage et qu'il a intérêt à ce qu'elles le soient. Cette explication est trop vague; on s'en est prévalu pour décider que l'héritier a droit à la garantie pour les défauts cachés de la chose; mais l'exemple que donne Pothier prouve qu'il ne songeait pas à la garantie de fait. Si, dit-il, l'héritage échu dans mon lot est d'une contenance moindre que celle qui est déclarée par le partage, il y a lieu à la garantie. C'est que dans ce cas je souffre un préjudice dans la propriété, et il n'y a que ce préjudice qui oblige les copartageants à la garantie. Un droit d'usufruit ou de servitude que l'héritier est obligé de souffrir est une éviction, puisque les servitudes, personnelles ou réelles, démembrent la propriété, et par suite l'héritier n'obtient pas la pleine propriété des choses mises dans son lot; en ce sens il est évincé (2)

(1) Aubry et Rau sur Zachariæ, t. IV, p. 407, note 41. Massé et Vergé sur Zachariæ, t. II, p. 375, note 1. En sens contraire, Demante, t. III, p. 362, nº 226 *bis* III, et Demolombe, t. XVII, p. 421, nº 343.

(2) Pothier, *De la vente*, nº 183; *Des successions*, chap. IV, art. 5, § 3. Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, p. 559, nº 793. Demolombe, t. XVII, p. 414, nº 333.

Le trouble qui donne lieu à la garantie est celui que l'on appelle trouble de droit, ce qui implique que la propriété ou la possession de l'héritier est troublée, c'est-à-dire compromise par une action d'un tiers qui prétend avoir un droit à la propriété ou à la possession de la chose ou d'une partie de la chose. Dès que le tiers manifeste ces prétentions par une demande en justice ou par un acte extrajudiciaire, l'héritier est troublé et il a droit à la garantie, car ces prétentions menacent les droits qu'il a en vertu du partage. Il en serait autrement s'il y avait trouble de fait, lequel n'implique aucune prétention sur la propriété ni sur la possession : telles sont les entreprises qu'un tiers commet en s'emparant d'un fonds, sans y prétendre aucun droit, ou s'il passe par un fonds sans réclamer un droit de servitude. L'héritier troublé par ces entreprises n'a aucune action en garantie, parce que son droit n'en souffre pas, et il n'y a de garantie que pour la lésion d'un droit; il est dans le cas de tout propriétaire dont la possession est troublée, la loi lui ouvre une action en justice qui mettra fin à ces usurpations. Il est vrai que l'héritier éprouvera un préjudice si l'usurpateur, condamné aux dommages-intérêts, est insolvable; mais tout préjudice ne donne pas lieu à la garantie, il faut que le droit du copartageant soit attaqué (1).

**440.** Le trouble conduit nécessairement à l'éviction, si le droit réclamé par le tiers est fondé. Pourquoi donc la loi distingue-t-elle le trouble de l'éviction? C'est que l'héritier a intérêt à agir dès qu'il est troublé. D'abord il évitera par là un second procès, puisque le même jugement qui statue sur le trouble condamnera les copartageants à la garantie, c'est-à-dire à payer l'indemnité qui lui est due. Il a encore un autre intérêt à agir de suite. S'il ne met pas ses cohéritiers en cause, et s'il est évincé par suite du trouble, les copartageants contre lesquels il agira pourront lui opposer qu'il s'est mal défendu, que si eux avaient été appelés au procès, ils auraient fait valoir des moyens

(1) Chabot, t. II, p. 665, n° 2 de l'article 884. Duranton, t. VII, p. 714, n° 528.

suffisants pour réprimer le trouble et éviter l'éviction (article 1640). L'héritier troublé se mettra à l'abri de cette exception s'il agit immédiatement contre ses garants (1). La loi le dit au titre de la *Vente*, et il n'est pas douteux que le copartageant n'ait le même droit que l'acheteur.

**441**. La seule crainte d'un trouble ou d'une éviction ne donne pas à l'héritier le droit d'agir contre ses copartageants. Pothier le dit, et cela est de toute évidence. Faut-il conclure de là que si l'héritier avait la preuve en main que la chose mise dans son lot n'appartenait pas au défunt, il devrait néanmoins attendre pour agir que le propriétaire revendiquât sa chose contre lui? Il est certain que l'acheteur pourrait agir, donc le copartageant le peut aussi. Pothier le met, à cet égard, sur la même ligne (2). Par cela seul qu'il est prouvé qu'un tiers est propriétaire de la chose, il est prouvé que le défunt ne l'était pas, donc l'héritier dans le lot duquel elle est mise est évincé, dans l'acception la plus large du mot.

Il y a un arrêt de la cour de cassation qui paraît décider le contraire. Elle a jugé que si, par erreur, l'on a compris dans le partage des biens ou des valeurs ne faisant pas partie de la succession, il n'y a pas lieu à la garantie de ce chef. La cour donne, dans les considérants de l'arrêt, ce singulier motif que cette erreur n'est point une cause antérieure au partage, comme l'article 884 l'exige (3). Cette décision a été vivement combattue par les auteurs; l'un d'eux va jusqu'à traiter de puérilité le motif que nous venons de transcrire (4). Il est certain que la cour s'est trompée; ce n'était pas le cas d'invoquer la disposition de l'article 884; car la cause de l'erreur commise dans le partage était bien antérieure au partage, puisqu'elle provenait d'un premier partage. D'ailleurs là n'était pas la question : le copartageant au lot duquel on avait mis cette valeur éprouvait-il un préjudice dans son droit? L'affirma-

(1) Duranton, t. VII, p. 713, n° 527.
(2) Pothier, *De la vente*, n° 637. Demolombe, t. XVII, p. 418, n° 340.
(3) Cassation, 12 juillet 1853 (Dalloz, 1853, 1, 334).
(4) Dutruc, p. 592, n° 552. Comparez la critique très-juste de l'arrêtiste (Dalloz 1853, 1, p. 334).

tive est évidente, donc le recours en garantie était également évident. Nous croyons inutile d'insister.

**442.** Pour qu'il y ait lieu à garantie, il faut, d'après l'article 884, que les troubles et évictions procèdent d'une cause antérieure au partage. Ce principe est emprunté à Pothier; il l'explique avec sa clarté habituelle (1). L'héritage mis au lot d'un héritier était hypothéqué à un créancier de celui qui l'avait vendu au défunt; si l'héritier est évincé par l'action hypothécaire, il a droit à la garantie, car l'action procède de l'hypothèque que le créancier avait lors du partage, et par conséquent d'une cause antérieure au partage. Si, au contraire, l'héritier est exproprié pour cause d'utilité publique, il n'a aucun recours contre ses cohéritiers, alors même, dit Pothier, que le prince ne l'aurait pas dédommagé. Cette supposition, heureusement, ne peut plus se faire dans notre ordre constitutionnel, à moins que l'on ne suppose une illégalité flagrante, une violation de la Constitution, soit par le gouvernement, soit par le pouvoir législatif; si cela arrivait, l'héritier n'aurait pas droit à la garantie, car il serait dépouillé par un cas de force majeure dont la cause est postérieure au partage; donc il n'y a pas éviction. C'est ce que les interprètes appellent le fait du prince; ils entendent par là un fait de violence, un abus de la force, ce qui ne fait guère honneur aux princes (2), ni aux assemblées qui, investies du pouvoir souverain, imitent les princes. Il a été jugé qu'il n'est pas dû de garantie du chef d'une rente féodale supprimée sans indemnité (3). On comprend maintenant pourquoi l'éviction procédant d'une cause postérieure au partage ne donne pas droit à la garantie; c'est que l'héritier a reçu la propriété de la chose, l'égalité n'est donc blessée en rien; il n'y a aucun motif juridique qui rende les cohéritiers responsables d'un fait de force majeure. Si l'héritier éprouve un préjudice, il ne le souffre pas comme héritier, il le subit comme propriétaire; dès lors il faut dire

(1) Pothier, *Des successions*, chap. IV, art. V, § III. Comparez Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, p. 560, n° 794.
(2) Chabot, t. II, p. 666, n° 4 de l'article 884.
(3) Bordeaux, 23 janvier 1826 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 2164).

que le cas fortuit frappe celui à qui la chose appartient.

La cour de cassation a appliqué ces principes aux créances héréditaires qui périssent par suite de l'insolvabilité du débiteur, survenue après le partage. C'est ce que l'article 886 dit textuellement des rentes. Il en est de même des créances ordinaires, l'article 886 n'étant, en ce point, que la conséquence de l'article 884 (1). Il y a plus de difficulté quand il s'agit d'une prescription commencée avant le partage et qui s'accomplit après que le partage est consommé. En droit, nous n'hésitons pas à décider que la garantie n'est pas due à l'héritier; en effet, lors du partage, il était propriétaire, donc il y avait égalité de droit entre les héritiers, et, par suite, il ne peut être question de garantie. On objecte que s'il ne reste que peu de temps à s'écouler pour compléter la prescription, il n'y a aucune faute à reprocher à l'héritier de ce qu'il n'a point interrompu la prescription, et que, d'un autre côté, le germe de la dépossession de l'héritier est antérieur au partage, ce qui place les copartageants dans les conditions de la garantie (2). Au point de vue de l'équité, tout cela est vrai; mais le droit permet-il d'écouter l'équité? Nous ne le croyons pas. Il faut écarter l'idée de faute; dès que la cause juridique de l'éviction est postérieure au partage, il n'y a pas lieu à la garantie, quand même il n'y aurait aucune faute à reprocher à l'héritier; cela est décisif, car la prescription commencée n'a enlevé aucun droit à l'héritier. Peut-on admettre une garantie d'équité? La question seule est une hérésie; en effet, la garantie est une obligation légale; et peut-il s'agir d'une obligation légale en vertu de l'équité, alors que l'équité est en conflit avec la loi?

**443.** Quand la cause de l'éviction est antérieure au partage, la garantie est due à l'héritier, quel que soit l'objet de l'éviction. Le principe s'applique sans doute aucun aux servitudes. Il y a lieu à la garantie, dit Pothier, quand l'héritier doit souffrir quelque servitude qui n'a pas été

(1) Rejet, 24 décembre 1866 (Dalloz, 1867, 1, 211).

(2) Il y a des arrêts en sens divers, et les auteurs sont aussi divisés. Voyez les autorités dans Aubry et Rau sur Zachariæ, t. IV, p. 402, note 22, et dans Demolombe, t. XVII, p. 431, n° 453.

déclarée par le partage, car c'est une espèce d'éviction qu'il subit, puisque sa propriété est démembrée. Pothier excepte cependant les charges seigneuriales dont les héritages sont grevés par la coutume des lieux et les servitudes apparentes (1). La même doctrine est enseignée sous l'empire du code civil, en ce qui concerne les servitudes dites légales : telle est la servitude de marchepied. Pour les servitudes légales, cela n'est guère douteux; ce ne sont pas de vraies servitudes, ce sont plutôt des restrictions que l'état de société impose au droit absolu du propriétaire. Le copartageant ne peut pas dire qu'il est évincé, quand il reste sous l'empire du droit commun; il reçoit les fonds dans leur état naturel, car l'état naturel de la propriété est d'être subordonnée au droit de la société. Quant aux servitudes apparentes, on peut invoquer l'article 1638, aux termes duquel l'acheteur n'a pas droit à la garantie du chef de servitudes non déclarées au contrat, lorsqu'elles sont apparentes. On suppose que le fonds aura été estimé à raison de ces charges, que l'acheteur ne pouvait ignorer puisqu'elles s'annonçaient par des ouvrages extérieurs. Le même motif de décider existe en cas de partage. Il doit donc y avoir même décision. On pourrait objecter que (2), d'après l'article 884, la garantie ne cesse qu'en vertu d'une clause expresse et spéciale du partage. Nous dirons plus loin quel est le sens de cette disposition, elle ne reçoit pas d'application aux servitudes apparentes. Aucun des copartageants ne peut être trompé, puisque tous connaissent l'état des fonds qu'ils partagent. L'argument d'analogie tiré de l'article 1638 nous paraît décisif.

**444**. Le partage peut comprendre les créances, bien que, d'après la loi (art. 1229), elles se divisent de plein droit entre les héritiers. Si une créance intégrale est mise dans un lot, elle doit être garantie au copartageant comme toute autre chose. On demande quel est l'objet de la garantie en ce qui concerne les créances? Les cohéritiers garantissent d'abord l'existence des créances; sur ce point

(1) Pothier, *Des successions*, chap. IV, art. V, § III.
(2) Aubry et Rau sur Zachariæ, t. IV, p. 423, note 25. Duranton, t. VII, p. 715, nº 530.

il n'y a aucun doute, parce que c'est le droit commun. Que faut-il entendre par existence de la créance? Quand il n'y a jamais eu de créance, il est certain qu'elle n'existe pas, c'est le néant. La créance peut avoir existé, mais avoir été éteinte avant le partage; dans ce cas encore, elle n'existe plus. Enfin, on doit la considérer comme n'existant pas, si le débiteur a une exception péremptoire qui anéantit l'action du créancier; une pareille créance n'existe qu'en apparence, puisqu'elle ne donne aucun droit au créancier (1).

Les copartageants garantissent-ils aussi la solvabilité du débiteur? Il faut distinguer entre l'insolvabilité qui existe lors du partage et l'insolvabilité qui survient postérieurement. Les auteurs s'accordent à enseigner que les cohéritiers sont garants de la solvabilité du débiteur lors du partage. La loi le dit des rentes (art. 886), et il y a identité de motifs pour toutes les créances. Une créance dont le débiteur est insolvable existe, à la vérité, de droit, mais de fait le créancier n'en retire rien, pas plus que si elle n'existait pas. L'égalité, qui est de l'essence du partage, serait donc rompue si l'insolvabilité du débiteur ne donnait aucun recours en garantie : c'est dire que la garantie est due. Demandera-t-on pourquoi la loi ne parle de l'insolvabilité qu'en ce qui concerne les rentes? C'est qu'elle déroge au droit commun qui régit la prescription quand il s'agit des rentes; tandis qu'elle laisse les créances ordinaires sous l'empire du droit commun. Ce qui prouve que la garantie de la solvabilité est la règle, c'est que l'article 886 la présuppose plutôt qu'il ne l'établit. Il y a cependant un motif de douter. La garantie, en matière de partage, est, en général, analogue à la garantie en matière de vente; or, l'article 1694 dit que le vendeur ne répond de la solvabilité du débiteur que lorsqu'il s'y est engagé. Ne faut-il pas appliquer cette disposition aux copartageants? Non, car c'est une dérogation au droit commun; la loi suppose que l'achat d'une créance est une spéculation; l'acheteur ne paye point la valeur nominale de la créance,

(1) Duranton, t. VII, p. 728, n° 545 et p. 724, n° 542.

le prix est calculé sur la solvabilité du débiteur; ainsi il est indemnisé d'avance; s'il peut perdre, il peut aussi gagner; donc il y a quelque chose d'aléatoire dans le marché qu'il fait, ce qui exclut toute garantie. Tandis que le partage est une liquidation qui se fait sans spéculation aucune, et à laquelle doit présider la plus stricte égalité (1).

Les copartageants ne garantissent pas la solvabilité future; l'article 886 le dit pour les rentes : « Il n'y a pas lieu à garantie à raison de l'insolvabilité du débiteur, quand elle n'est survenue que depuis le partage consommé. » Cette disposition doit être étendue à toutes les créances, parce qu'elle n'est que l'application d'un principe général. La cour de cassation, qui a proposé l'article 886, comparait l'insolvabilité survenue après le partage à l'incendie qui détruit une maison mise au lot d'un héritier : le cas fortuit frappe le propriétaire sans qu'il puisse exercer aucun recours (2). C'est par application de ce principe que le code décide que les cohéritiers sont garants de l'éviction seulement quand elle procède d'une cause *antérieure* au partage; or, l'insolvabilité qui survient postérieurement n'empêche pas que l'égalité ait régné lors du partage, donc elle ne peut donner lieu à garantie.

**445.** Les cohéritiers doivent-ils se garantir la contenance des immeubles déclarée dans l'acte de partage? Quand la valeur est calculée à raison de la contenance, il n'y a aucun doute. On a objecté devant la cour de cassation que le défaut de contenance n'est pas une éviction : il est très-vrai que l'héritier ne peut pas être dépossédé de ce qui n'existe pas, mais il est certain aussi que les héritiers sont tenus avant tout de se garantir l'existence des choses mises dans leurs lots. Dans l'espèce, il manquait cinquante-quatre hectares de bois sur trois cent trente-six, et l'hectare était estimé dans l'acte à cinq cents francs. La cour de cassation décida que les copartageants étaient tenus à la délivrance, et par conséquent à fournir le nom-

(1) Duranton, t. VII, p. 724, n° 543. Demante, t. III, p. 369, n° 230 *bis* II. Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, p. 563, n° 800.
(2) Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, p. 564, n° 802.

bre d'hectares porté au contrat. Il en est ainsi en matière de vente (art. 1616 et suiv.); à plus forte raison en doit-il être de même dans un contrat dont l'égalité est l'essence (1).

Il est dit dans l'arrêt de la cour de cassation que ce n'était pas la forêt telle qu'elle pouvait se comporter que l'on avait mise au lot du demandeur, mais un nombre déterminé d'hectares de bois. Faut-il conclure de là que la garantie n'est plus due lorsque les immeubles ont été considérés en eux-mêmes plutôt que d'après leur contenance? On l'enseigne ainsi, en ajoutant que, dans ce cas, il n'y a lieu qu'à l'action en rescision pour cause de lésion (2). Cela est admissible quand aucune contenance n'est indiquée; l'héritier ne peut pas prétendre, dans ce cas, que la chose n'existe pas; il a reçu la chose mise dans son lot; s'il se plaint qu'elle n'ait pas la valeur qui est portée au contrat, il dit qu'il est lésé, il doit donc agir en rescision pour cause de lésion. Il en est tout autrement si la contenance est indiquée et s'il y a un déficit; dans ce cas, le copartageant soutient que la chose n'existe pas, en partie du moins, il agit alors en garantie et non en rescision (3).

II. *Effet de la garantie.*

**446**. Garantir, c'est prendre la défense de celui qui est troublé et qui a droit à la garantie. Si la défense ne réussit pas, et s'il y a éviction, le code dispose que « chacun des cohéritiers est personnellement obligé, en proportion de sa part héréditaire, d'indemniser son cohéritier de la perte que lui a causée l'éviction. » Ainsi l'obligation de garantie ne donne pas lieu à la rescision du partage. Logiquement le partage devrait être annulé, puisqu'il est de principe que « chaque héritier peut demander sa part en nature des meubles et immeubles de la succession » (arti-

(1) Arrêt de rejet de la chambre civile du 8 novembre 1826 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 2153).

(2) Aubry et Rau sur Zachariæ, t. IV, p. 404 et notes 29 et 30, d'après Fouët de Conflans, sur l'article 884, n° 2.

(3) Bordeaux, 16 mai 1829 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 2206). Comparez Demolombe, t. XVII, p. 420, n° 342.

cle 826). Ce principe est méconnu au préjudice de l'héritier évincé : il reçoit une indemnité en argent, au lieu de recevoir des biens héréditaires. Dumoulin, esprit logique, comme tous nos grands jurisconsultes, avait d'abord décidé qu'en cas d'éviction, il devait y avoir un nouveau partage; mais la logique a ses inconvénients dans la vie réelle; le droit doit souvent transiger avec les exigences de la réalité. Dumoulin se rétracta : il sentait, dit-il, qu'il s'était laissé emporter trop loin (1). Il y a divers intérêts à concilier en matière de garantie. Les copartageants sont tous intéressés à conserver les biens mis dans leur lot, et l'intérêt des tiers réclame aussi la stabilité de la propriété. Si le partage était rescindé, tout serait résolu, il y aurait à régler entre les héritiers les impenses et les détériorations; les droits concédés aux tiers seraient anéantis. De là un trouble dans les relations civiles; la loi s'y résigne quand il est nécessaire, elle l'évite quand il peut être donné satisfaction d'une autre manière aux intérêts lésés. Or, l'indemnité donne cette satisfaction à l'héritier évincé, dès lors la rescision du partage devient inutile (2).

On a prétendu que l'héritier évincé pouvait demander un nouveau partage lorsqu'il était dépouillé de sa part en totalité ou à peu de chose près (3). C'est une de ces opinions qui veulent réformer les lois au nom de l'équité, et qu'il faut repousser sans hésitation : c'est pour le droit, en quelque sorte, une question de vie ou de mort. Le droit est l'expression de l'équité générale; si, dans des cas exceptionnels, la loi se trouve en conflit avec l'équité, le droit doit l'emporter, sinon chaque interprète et chaque magistrat mettra l'équité particulière à la place de la justice, et il y aura autant de lois que d'auteurs et de juges. Dans l'espèce, il n'y a pas l'ombre d'un doute; le législateur a parlé, il a donné la préférence à l'intérêt des copartageants, à l'intérêt des tiers, tout en sauvegardant l'intérêt

(1) Dumoulin, *Tractatus de eo quod interest*, nos 45 et 146. Il dit au no 45 : « *Sed jam sentio me nimis efferri.* »

(2) Demante, t. III, p. 364, no 228; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, p. 559, no 772. Demolombe, t. XVII, p. 436, no 358.

(3) Delvincourt, t. II, p. 363; Vazeille, *Des successions*, art. 885, no 1; Rolland de Villargues, au mot *Partage*, no 288, et au mot *Eviction*, no 58.

de l'héritier évincé : il faut s'en tenir à sa décision; lui seul peut faire des exceptions, s'il y a lieu.

**447**. Si, par suite de l'éviction, l'héritier éprouvait une lésion de plus du quart, aurait-il le droit d'agir en rescision pour cause de lésion? L'affirmative est soutenue (1), mais elle n'a pas trouvé faveur. Nous la repoussons aussi, toutefois sans accepter les motifs que l'on donne pour combattre cette opinion. On dit qu'elle met les copartageants à la merci de l'héritier évincé : si les biens ont augmenté de valeur depuis le partage, il demandera la rescision : si leur valeur a diminué, il agira en garantie (2). Il nous semble que ce n'est pas là une raison de décider. Il arrive plus d'une fois qu'une personne a deux actions; elle a par conséquent le choix, et si elle choisit celle qui lui est la plus profitable, il en résultera naturellement un désavantage pour le défendeur. Il faut laisser de côté ces considérations de fait et décider la difficulté en droit. L'action en garantie et l'action en rescision pour cause de lésion sont accordées pour des causes toutes différentes : l'une suppose que le défunt n'était pas propriétaire de la chose dont l'héritier est évincé : l'autre suppose que les lots ont été mal composés. L'héritier évincé ne fonde pas son action sur la lésion; quelque minime que soit le préjudice qu'il éprouve, il a le droit d'agir. Tandis que l'héritier qui demande la rescision du partage pour cause de lésion doit prouver que, par suite du partage, il a été lésé de plus du quart. D'un autre côté, les effets des deux actions sont tout à fait différents : la garantie laisse subsister le partage, la rescision l'annule. Peut-on admettre qu'il dépend de l'héritier, en cas d'éviction, d'intenter une action qui annule le partage, alors que le législateur veut que le partage soit maintenu? La question ainsi posée doit être décidée négativement : c'est au législateur seul à régler les conditions et les effets des actions, et quand il a statué, il n'appartient pas aux parties de modifier ce qu'il a décidé.

(1) Mourlon, *Répétitions*, t. II, p. 209 et 212, d'après Valette

(2) Demante, t. III, p. 373, n° 231 *bis* IV. Demolombe, t. XVII, p. 437, n° 359.

**448.** L'héritier évincé ne peut réclamer qu'une indemnité. Comment la calcule-t-on? Est-ce la valeur de la chose au moment de l'éviction, ou est-ce la valeur qu'elle avait à l'époque du partage? La question est très-controversée, ce qui prouve qu'il y a quelque doute. Or, en cas de doute, il faut consulter les principes et la tradition. Nous croyons que d'après les principes la chose doit être estimée à la valeur qu'elle avait lors du partage. Qu'est-ce que la chose dont un héritier est évincé? C'est une chose qui n'appartenait pas au défunt, qui par conséquent n'aurait pas dû être comprise dans le partage. Supposons qu'elle valût, à ce moment, dix mille francs. Ces dix mille francs n'auraient pas dû être compris dans le partage; le résultat de l'éviction est donc qu'il y avait dix mille francs de moins à partager, par conséquent cette perte de dix mille francs doit être repartie entre tous les copartageants. Telle était la doctrine de Pothier, et la tradition est décisive en ce point; car les auteurs du code n'ont fait que transcrire dans l'article 885 ce que disait Pothier. Aux termes de cet article, chacun des cohéritiers est obligé, en proportion de sa part héréditaire, d'indemniser son cohéritier de *la perte que lui a causée l'éviction*. Et nous lisons dans Pothier : « L'obligation de garantie consiste en ce que chacun des cohéritiers est obligé, pour la portion dont il est héritier, d'indemniser son cohéritier de *la perte que lui a causée l'éviction*. » Les expressions sont identiques; reste à savoir ce que Pothier entendait par la *perte* que l'éviction cause à l'héritier; or, il enseigne, d'après Dumoulin, que lorsqu'un copartageant a souffert éviction, ses copartageants sont seulement tenus de lui faire raison *de la somme pour laquelle elle lui a été donnée en partage* (1). N'est-ce pas là le commentaire authentique de l'article 885?

On objecte les termes de la loi; en disant que les héritiers doivent indemniser celui qui a été évincé de la *perte que lui a causée l'éviction*, le code ne dit-il pas que c'est le moment de l'éviction qu'il faut considérer pour estimer cette perte? L'objection aurait quelque force si Pothier

(1) Pothier, *Des successions*, chap. IV, art. 5, § 3; *De la vente*, n° 33.

n'avait donné d'avance l'explication du texte. Même en laissant de côté la tradition, autre chose est de dire que l'héritier doit être indemnisé de la perte que lui cause l'éviction, et de dire que la perte doit être estimée à l'époque de l'éviction. Le texte ne tranche pas cette dernière question; elle reste entière, ce qui nous ramène aux principes; or, sur le terrain des principes, la question n'est pas douteuse. A la vérité, il y avait un système plus juste que celui du code, c'était d'anéantir le partage; le nouveau partage aurait pris les biens dans l'état où ils se trouvent lors de l'éviction, et par suite chacun des copartageants aurait gagné ou perdu, suivant que les biens auraient augmenté ou diminué de valeur. Le système consacré par le code peut conduire à des inégalités injustes : si l'héritier est évincé d'un bien valant 50,000 francs lors de l'éviction, et qui ne valait que 40,000 francs lors du partage, il est en perte. Par contre, si l'on admet l'opinion que nous combattons, les autres héritiers seront en perte si leurs biens n'ont pas augmenté de valeur, tandis que celui dont l'héritier a été évincé a doublé de valeur. On prétend que, dans cette dernière hypothèse, les cohéritiers pourront demander la rescision du partage. Cela est tout à fait arbitraire, puisque cela n'est fondé sur rien. Tenons-nous au texte et à la tradition qui l'interprète (1).

**449**. Au titre de la *Vente*, la loi pose d'autres principes concernant le montant de l'indemnité à laquelle l'acheteur a droit en cas d'éviction (art. 1631-1633). Les auteurs s'accordent à enseigner que les principes particuliers à la vente ne reçoivent pas d'application en matière de partage. Il y a, en effet, une différence essentielle entre le partage et la vente. L'acheteur contracte dans un but intéressé, pour faire un profit, tandis que les copartageants ne spéculent pas, ils liquident des droits préexistants, qu'ils ne tiennent même pas l'un de l'autre,

(1) Massé et Vergé sur Zachariæ, t. II, p. 376 et note 13, et les auteurs qu'ils citent. Il y a un jugement en ce sens du tribunal de Saint-Marcellin du 19 janvier 1859 (Dalloz, 1859, 3, 47). L'opinion contraire est plus généralement suivie. Voyez les autorités citées par Demolombe, t. XVII, p. 442, n° 363. Il y a, en ce sens, un arrêt de Bruxelles du 20 juillet 1844 (*Pasicrisie*, 1845, 2, 272).

dans le système du code; c'est l'égalité qui préside à cette liquidation. Il résulte de là que l'on ne peut pas étendre au partage les dispositions qui régissentles droits et obligations de l'acheteur et du vendeur (1). Par suite, l'article 1634 n'est pas applicable aux copartageants. Le vendeur est tenu de rembourser ou de faire rembourser à l'acquéreur par celui qui l'évince toutes les réparations et améliorations utiles qu'il a faites au fonds. Il a été jugé que cette obligation n'incombe pas aux copartageants (2). Le vendeur a des obligations plus strictes, parce qu'il s'oblige à transférer la propriété de la chose à l'acheteur; les copartageants sont seulement tenus d'indemniser l'héritier évincé, afin de rétablir l'égalité qui doit régner entre eux. L'héritier qui a fait des travaux sur l'immeuble dont il est évincé n'a de recours que contre le propriétaire qui revendique le fonds contre lui. Nous avons exposé ailleurs les principes qui régissent les rapports du propriétaire et du tiers possesseur (3).

**450**. Le recours en garantie se divise à raison de la part héréditaire de chacun des garants. C'est une conséquence du principe sur lequel la garantie est fondée. L'éviction constitue une perte pour tous les héritiers; la valeur du bien dont l'héritier est évincé se trouve de moins dans l'hérédité, donc chacun des cohéritiers doit prendre moins dans l'actif, en proportion de sa part héréditaire. De là suit que l'héritier évincé supporte également sa part dans la perte, à la différence de l'acheteur qui a droit à une indemnité complète. L'article 886 dit que chacun des cohéritiers est *personnellement* obligé; il n'ajoute pas, comme le fait l'article 873, qu'il est tenu hypothécairement pour le tout. Cependant la loi donne à l'héritier évincé un privilége pour assurer son recours; ce privilége porte sur tous les immeubles compris dans le lot des garants (loi hypothécaire, art. 27, n° 4); mais le privilége n'étant que l'accessoire de la créance, et chaque héritier n'étant

(1) Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, p. 558 et suiv., n° 792 Duranton, t. VII, p. 728 n° 546.
(2) Rejet du 9 avril 1862 (Dalloz, 1862, 1, 290).
(3) Voyez le tome VI de mes *Principes*, p. 237 et suiv, n°s 173-181.

débiteur que pour sa part, il en résulte que chacun d'eux n'est tenu hypothécairement que pour la part qu'il doit supporter dans la perte commune (1). Nous reviendrons sur le privilége des copartageants, au titre des *Hypothèques*.

**451**. L'article 885 porte : « *Chacun* des cohéritiers est personnellement obligé.. » On demande si l'obligation de garantie incombe à l'héritier bénéficiaire. Il n'est pas douteux que l'héritier évincé n'ait un recours contre son cohéritier qui a accepté sous bénéfice d'inventaire, car l'héritier bénéficiaire est héritier, et la perte résultant de l'éviction doit être supportée par tous les héritiers. Mais la difficulté est de savoir si l'héritier bénéficiaire est tenu de la garantie *ultra vires*. Les meilleurs esprits sont divisés sur cette question. Nous croyons qu'il doit payer sa part dans cette dette pour le tout. La garantie est une obligation imposée aux héritiers entre eux ; or, le bénéfice d'inventaire ne concerne que les rapports de l'héritier avec les créanciers; il entraîne la séparation de patrimoines, et la séparation de patrimoines ne peut être opposée qu'aux créanciers du défunt (2). On objecte que l'héritier n'est qu'un administrateur de l'hérédité, que, comme tel, il ne peut pas plus être tenu de la garantie qu'un tuteur (3). L'objection est trop absolue, elle ne tient aucun compte des droits de l'héritier : il est le représentant du défunt, il est propriétaire des biens mis dans son lot; il doit le rapport à ses cohéritiers, et par suite il est aussi tenu de la garantie. Il y a néanmoins quelque chose de vrai dans l'objection que l'on fait contre notre opinion; c'est que les biens que l'héritier bénéficiaire reçoit par le partage servent à payer les créanciers. Si donc l'héritier bénéficiaire a distribué aux créanciers une valeur de dix mille francs, par exemple, qu'il doit ensuite restituer à son cohéritier évincé, il en résulte qu'il aura payé ces dix mille francs sans les devoir, puisqu'on doit les déduire de son émolument; nous en concluons que si la succession est en déconfiture, s'il n'y a pas de reliquat, il aura une action ré-

(1) Chabot, t. II, p. 677 et suiv., nos 1 et 2 de l'article 886
(2) Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, p. 562, n° 799
(3) Demante, t. III, p. 366, n° 228 *bis* IV.

cursoire contre les créanciers, fondée sur ce qu'il leur a payé dix mille francs qu'il ne leur devait pas. Mais s'il restait un émolument et qu'il fût suffisant pour couvrir la perte des dix mille francs, c'est l'héritier qui la supportera. Sur ce point il ne saurait y avoir de doute.

**452.** « Si l'un des cohéritiers se trouve insolvable, la portion dont il est tenu doit être également répartie entre le garanti et tous les cohéritiers solvables » (art. 885). Cette disposition déroge au droit commun, d'après lequel les dettes non solidaires se divisent entre les débiteurs, chacun n'est tenu que de sa part et ne répond pas de l'insolvabilité des autres débiteurs. Quel est le motif de cette dérogation? C'est le motif sur lequel repose l'obligation même de garantie, l'égalité qui doit régner entre cohéritiers. Celui qui est évincé doit être indemnisé complétement de la perte que lui cause l'éviction, sauf à en supporter sa part. Or, il ne serait pas indemnisé s'il devait seul perdre la part que l'insolvable devait lui payer. Comme cette insolvabilité et le préjudice qui en résulte pour le garanti est une suite indirecte de l'éviction, il est juste que le préjudice soit réparti entre tous les héritiers solvables, y compris le garanti.

### III. *Quand la garantie cesse.*

**453.** L'article 884 porte que « la garantie n'a pas lieu si l'*espèce* d'éviction soufferte a été exceptée par une clause *particulière* et expresse de l'acte de partage. » Il résulte de là qu'une clause générale de non-garantie serait nulle. Une clause pareille est valable en matière de vente, mais elle ne dispense pas le vendeur de restituer le prix ; ce qui rend la clause inapplicable dans le partage, où il n'y a pas de prix. On peut même stipuler que le vendeur ne restituera pas le prix; dans ce cas, la vente est aléatoire (articles 1627, 1629). Cela explique pourquoi une clause générale de non-garantie ne peut être convenue dans le partage : elle en altérerait le caractère essentiel, l'égalité, ce qui exclut toute clause aléatoire. Le contrat de vente est une spéculation, et rien n'empêche les parties de spéculer

même sur des chances; tandis que le partage ne peut pas donner tout à l'un et rien à l'autre : ce ne serait plus un partage. Cette raison n'existe pas quand il y a une clause particulière de non-garantie; dans ce cas, la chose sujette à éviction aura été estimée en conséquence, et par suite le copartageant dans le lot duquel elle est mise se trouve indemnisé d'avance. Chabot donne l'exemple suivant. Il est dit dans l'acte de partage qu'une maison jouit d'une servitude sur l'héritage voisin, mais qu'il existe ou qu'il peut s'élever à cet égard une contestation avec le propriétaire; l'acte ajoute que l'héritier auquel écherra le lot fera valoir le droit, à ses risques et périls, sans pouvoir réclamer une indemnité en cas d'éviction. Cette clause est valable. On doit présumer qu'à raison de l'incertitude qui règne sur le droit prévu au contrat, le lot dans lequel la maison est mise sera augmenté, ou, ce qui revient au même, que la maison aura été estimée à une moindre valeur (1). Même ainsi limitée, la clause de non-garantie se concilie difficilement avec la nature du partage : il en résulte, en effet, une chance de gain ou de perte, qui donne au partage un caractère aléatoire, ce qui est contraire à son essence.

On donne d'ordinaire une autre raison de la disposition de l'article 884. Si une clause générale de non-garantie, dit-on, n'est pas permise, c'est que l'on craint qu'elle ne cache une fraude de l'un des héritiers qui, connaissant le danger de l'éviction, ferait insérer dans l'acte de partage une clause de non-garantie, en ayant soin de faire mettre la chose litigieuse dans le lot d'un de ses cohéritiers (2). La raison n'est pas décisive. D'abord elle ne reçoit pas d'application au cas très-fréquent où les lots sont tirés au sort. Ensuite, s'il y a fraude, le partage serait nul pour cause de dol, et par suite la rescision en pourrait être demandée, ce qui rendrait le recours en garantie inutile.

L'article 884 permet une clause particulière de non-garantie; la loi veut qu'elle soit expresse. Cette clause peut n'être stipulée qu'au profit de l'un des copartageants;

(1) Chabot, t. II, p. 667, n° 5 de l'article 884. Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, p. 521, n° 795. Demante, t. III, p. 363, n° 227 *bis* I.
(2) Duranton, t. VII, p. 717, n° 534, et tous les auteurs.

on demande si elle doit être expresse en ce sens que l'acte doive déclarer en termes formels que le copartageant sera exempt de tout recours en garantie. Il a été jugé que la clause ne doit pas être expresse, en ce sens qu'il suffit que la dérogation résulte des circonstances de la cause, notamment de la correspondance des parties intéressées et d'autres documents. Au premier abord, cette décision paraît contraire au texte de l'article 884, qui exige une clause expresse prévoyant l'espèce d'éviction à raison de laquelle la garantie ne sera pas due. Mais la clause que la cour de Montpellier avait à interpréter n'était pas une clause générale de non-garantie; elle dispensait seulement l'un des copartageants du recours en garantie en cas d'éviction soufferte par ses cohéritiers; et les pièces versées au procès prouvaient que c'était sous cette condition que l'héritier avait consenti au partage. La décision fut maintenue par la cour de cassation (1)

**454**. La garantie cesse-t-elle si l'héritier évincé avait connaissance, lors du partage, des dangers de l'éviction? Dans l'ancien droit, on décidait la question contre l'héritier, Lebrun d'une manière absolue, et Pothier avec une restriction : d'une part il enseigne que la simple connaissance que l'héritier aurait eue que la chose était sujette à éviction ne l'exclut pas du droit de garantie; mais ailleurs il ajoute qu'il en serait autrement s'il paraissait que l'héritier eût été, par le partage, chargé des risques de l'éviction, et qu'on lui eût donné l'héritage pour beaucoup au-dessous de sa valeur. Cette distinction est équitable, mais très-vague, elle aurait fait naître des procès sur l'intention des parties contractantes. Le code a tranché la difficulté en exigeant une clause expresse de non-garantie. C'est l'opinion de tous les auteurs, sauf le dissentiment de Vazeille, dont on ne doit pas tenir compte, parce qu'il est en opposition avec le texte de la loi (2).

**455**. Quand la clause de non-garantie a été stipulée

(1) Rejet, 3 mars 1856 (Dalloz, 1856, 1, 304).

(2) Lebrun, livre IV, ch. I, n° 73. Pothier, *Introduction au titre XVII de la Coutume d'Orléans*, n° 101; *Traité des successions*, chap. IV, art. V, § III; Chabot, t. II, p. 670, n° 7 de l'article 884, suivi par tous les auteurs.

et que l'éviction a lieu, l'héritier évincé n'a aucun recours contre ses copartageants. Mais s'il en résulte une lésion de plus du quart, n'aura-t-il pas de ce chef l'action en rescision? Il règne quelque incertitude sur ce point dans la doctrine. Une chose nous paraît évidente, c'est que l'héritier n'a droit à aucune action à raison de la perte que l'éviction lui fait souffrir; car ce préjudice a été prévu par le contrat; l'éviction ne fait donc que réaliser les stipulations des parties contractantes : un dommage prévu et excepté d'avance ne peut pas donner lieu à une action quelconque en indemnité. Faut-il maintenir cette décision dans le cas où il n'a pas été tenu compte, dans l'estimation, de la moins-value résultant du danger de l'éviction? L'équité plaide certes pour l'héritier; mais ne peut-on pas lui objecter qu'il a renoncé à toute action, en consentant à prendre la chose au prix porté au contrat, et avec stipulation de non-garantie? Il en serait autrement si, abstraction faite du danger de l'éviction, la chose avait été estimée à un prix tellement supérieur à sa valeur, qu'il en résultât une lésion de plus du quart. On rentre alors dans le droit commun. Nous croyons inutile d'insister sur ces difficultés : les hypothèses dans lesquelles elles se présentent sont si peu probables, qu'on peut hardiment les ranger parmi ces thèses oiseuses que l'on discute à l'école et que l'on ferait mieux de laisser de côté (1).

**456.** Aux termes de l'article 1640, la garantie pour cause d'éviction cesse lorsque l'acheteur s'est laissé condamner sans appeler son vendeur, si celui-ci prouve qu'il existait des moyens suffisants pour faire rejeter la demande. Cette disposition s'applique par analogie au partage, parce qu'elle est de droit commun. Il est de principe que celui qui éprouve une perte par sa faute, n'a pas de recours à exercer de ce chef, alors même qu'il en aurait eu un s'il n'avait pas été en faute. On donne comme exemple le cas où l'héritier, troublé par une action en revendication, néglige d'opposer une prescription acquise. Il est vrai qu'il

(1) Voyez, en sens divers, Demolombe, t. XVII, p. 428, nº 351; Mourlon, t. II, p. 213; Zachariæ, édition d'Aubry et Rau, t. IV, p. 436 et note 35, et les auteurs qui y sont cités.

peut agir ainsi par un sentiment de délicatesse; mais, comme le dit très-bien Demante, il ne lui est pas permis d'être délicat aux dépens de ses cohéritiers. C'est le cas d'appliquer l'article 2225 qui porte : « Les créanciers, ou toute autre personne ayant intérêt à ce que la prescription soit acquise, peuvent l'opposer, encore que le débiteur ou le propriétaire y renonce. » L'héritier, dès qu'il est troublé, doit mettre ses cohéritiers en cause; c'est à eux à voir s'il leur convient d'opposer la prescription ou de faire valoir d'autres moyens de défense (1).

La cour de cassation a fait l'application de ce principe à une espèce qui ne présentait pas le moindre doute. D'une part le copartageant n'avait pas inscrit son privilége, et d'autre part l'insolvabilité du débiteur, qui lui faisait perdre sa créance, était survenue postérieurement au partage; il y avait donc deux raisons également décisives pour qu'il n'y eût pas lieu à garantie (2).

**457.** Le recours en garantie se prescrit, d'après le droit commun, par le laps de trente ans (art. 2262), lesquels commencent à courir, d'après l'article 2257, du jour où l'éviction a lieu. Il y a exception à cette règle, pour ce qui concerne la garantie que les copartageants se doivent, en matière de rentes. D'après l'article 886, la garantie de la solvabilité du débiteur d'une rente ne peut être exercée que dans les cinq ans qui suivent le partage. Cette disposition déroge à l'ancien droit; les rentes étant perpétuelles, on en concluait que la garantie était aussi perpétuelle, en ce sens qu'elle durait aussi longtemps que la rente. Cela n'était pas aussi absurde qu'on le prétend. Pothier a raison de dire que la rente diffère des créances ordinaires; celles-ci consistant en un capital qui est exigible, il suffit, pour assurer les droits des héritiers, de garantir la solvabilité lors du partage. Tandis que les rentes ne sont pas exigibles quant au capital; le créancier n'a droit qu'aux arrérages, au fur et à mesure de leur échéance. Si on ne garantit la solvabilité du débi-

(1) Demante, t. III, p. 364, n° 227 *bis* II, et tous les auteurs. Bruxelles, 20 juillet 1844 (*Pasicrisie*, 1845, 2, 272).
(2) Rejet, 24 décembre 1866 (Dalloz, 1867, 1, 211).

teur que lors du partage, il y aura inégalité entre lui et le créancier d'un capital; en effet, celui-ci sera sûr de toucher sa créance intégrale, et l'autre court risque de perdre le capital et les arrérages. Mais la responsabilité illimitée des cohéritiers a un inconvénient, c'est de les exposer chaque année à des actions récursoires. Lebrun trouvait que cela était dur; et les auteurs du code ont partagé son avis; seulement, d'un excès ils sont tombés dans un autre (1). Pourquoi limiter le recours en garantie à cinq ans pour la solvabilité du débiteur lors du partage? et pourquoi faire courir ce délai à partir du partage, contrairement à la règle écrite dans l'article 2257? On chercherait vainement les raisons de ces dispositions tout à fait arbitraires (2).

La prescription établie par l'article 886 étant, à tous égards, une exception, il faut la restreindre au cas pour lequel elle a été portée, c'est-à-dire pour le service des arrérages de la rente. Si la rente n'existait pas, il y aurait garantie de ce chef, de même que pour l'existence de toute chose et de tout droit mis au lot des copartageants. La garantie de l'existence de la rente ne rentrant ni dans le texte ni dans l'esprit de l'article 886, reste par cela même sous l'empire du droit commun; donc elle dure trente ans, et la prescription ne commence à courir que du jour où la non-existence de la rente a été constatée. Tous les auteurs sont d'accord sur ce point (3).

**458.** Il y a quelque incertitude sur la garantie de la solvabilité du débiteur quand il s'agit de créances ordinaires. Nous avons appliqué l'article 886 par analogie pour ce qui concerne le principe de la garantie (n° 444), parce que, en ce point, l'article 886 ne fait que consacrer le droit commun. Il en est tout autrement de la prescrip-

(1) Pothier, *Des successions*, chap. IV, art. V, § III; Lebrun, livre IV, chap. I, n° 68; Chabot, t. II, p. 678, n° 1 de l'article 886; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, p. 563, n°s 801 et suiv.

(2) Duranton a essayé de les justifier, t. VII, p. 722, n° 541. La justification a été critiquée aussi bien que le code (Demante, t. III, p. 370, n° 230 *bis* IV; Demolombe, t. XVII, p. 464, n° 375).

(3) Voyez les autorités citées par Demolombe, t. XVII, p. 467, n° 378, et par Zachariæ, édition d'Aubry et Rau, t. IV, p. 406, note 38.

tion : celle-ci étant tout à fait exceptionnelle ne saurait être étendue. Il faut donc s'en tenir aux principes généraux qui régissent la prescription. C'est dire que l'action en garantie durera trente ans (1). Quand ce délai commencera-t-il à courir? Il nous semble qu'il faut appliquer la disposition de l'article 2257 que l'on suivait aussi dans l'ancien droit. Il s'agit de la garantie due pour éviction; la prescription ne commence donc à courir que du jour de l'éviction; or, quand peut-on dire que l'éviction, c'est-à-dire l'insolvabilité du débiteur existe? Du jour où elle est constatée par la discussion de ses biens; c'est de ce jour qu'il perd le bénéfice du terme, c'est aussi de ce jour que le créancier est mis en demeure d'agir (2).

## § VI. *De la résolution et de la rescision du partage.*

### Nº 1. DE LA RÉSOLUTION.

**459.** Il a été jugé par la cour de cassation que les partages peuvent se faire sous les mêmes conditions que tout autre contrat (3). C'est l'application du droit commun, et le droit commun doit être appliqué, à moins que la loi n'y déroge. On objecte que le principe consacré par l'article 883 s'oppose à un partage conditionnel. Le code dit que le partage est déclaratif de propriété et non attributif; cela suppose, dit-on, que le partage, une fois fait, déclare définitivement que chacun des copartageants a été propriétaire, dès l'ouverture de la succession, des biens compris dans son lot; on ne conçoit pas que cette déclaration soit provisoire, à moins qu'elle ne porte que sur la jouissance. Nous répondons, avec la cour de cassation, que l'article 883 régit les partages consommés, c'est-à-dire les partages que les parties ont voulu faire irrévocables; mais

(1) C'est l'opinion commune, sauf le dissentiment de Poujol (Zachariæ, t. IV, p. 406 et note 40. Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, p. 565, nº 804).

(2) Demolombe, t XVII, p. 470, nº 382, et les auteurs qu'il cite. D'après Zachariæ et Duvergier, la prescription court à partir du partage.

(3) Cassation, 6 janvier 1846 (Dalloz, 1846, 1, 16). Comparez, plus haut, nº 293.

il n'empêche pas les cohéritiers de suspendre le partage ou de le résoudre. Est-il permis de suspendre l'existence du partage par une condition suspensive? Aucune loi ne le défend, pourvu que l'indivision ne soit pas maintenue pendant plus de cinq ans (art. 816). Est-il permis de stipuler que le partage sera résolu si tel événement futur et incertain se réalise? L'article 1168 autorise la condition résolutoire aussi bien que la condition suspensive, dans toute espèce de conventions, donc aussi dans le partage, puisque aucune loi ne s'y oppose.

La cour de cassation a donc bien jugé; seulement son langage n'est pas exact; si nous en faisons la remarque, c'est afin que nos jeunes lecteurs s'habituent à exprimer clairement leur pensée. Elle dit que les parties contractantes ont le droit de distribuer provisoirement leurs biens. Cela n'est pas exact. Les partages faits sous condition résolutoire ne créent pas une propriété provisoire ou temporaire; les copartageants sont censés propriétaires à partir de l'ouverture de l'hérédité, de même que l'acheteur sous condition résolutoire est propriétaire à partir de la vente. Mais, dans l'un et l'autre cas, la propriété déclarée ou transmise sera résolue si la condition résolutoire s'accomplit; dans ce cas, les parties n'auront jamais été propriétaires; les cohéritiers seront censés avoir toujours été dans l'indivision, ils n'auront pas eu de propriété exclusive, pas même provisoire.

La cour s'exprime encore inexactement quand elle dit, en parlant de la résolution, que les parties peuvent subordonner l'*existence* du partage à une condition. Ce serait là, non une condition résolutoire, mais une condition suspensive; il est inutile d'ajouter que la différence est grande, puisque la condition suspensive a cet effet que le partage n'existe pas, tandis que la condition résolutoire ne suspend pas l'existence du partage, elle en suspend seulement la résolution (1).

**460.** Il y a cependant une différence considérable entre

(1) On trouve les mêmes expressions inexactes et la même doctrine, exacte au fond, dans un arrêt de Montpellier du 12 mai 1847 (Dalloz, 1847, 2, 158).

le partage et les autres contrats synallagmatiques. En général, la condition résolutoire est sous-entendue dans ces contrats pour le cas où l'une des parties ne satisfait point à son engagement (art. 1184). La doctrine et la jurisprudence sont d'accord pour admettre que la condition résolutoire n'est pas sous-entendue dans les partages (1). Nous avons déjà dit la raison de cette différence. Si la loi sous-entend la condition résolutoire dans les contrats synallagmatiques, c'est qu'elle suppose que telle est l'intention des parties contractantes. Or, dans le partage, elle ne pouvait pas faire cette supposition. D'abord, il est rare que chacun des copartageants soit obligé envers l'autre. Le cas le plus ordinaire des obligations réciproques contractées par les cohéritiers est celui de soulte; or, il est rare que la moitié des copartageants soit tenue de soultes envers l'autre moitié; presque toujours il y a des lots qui ne sont pas grevés de soultes; les héritiers qui ont des lots pareils sont intéressés à ce que le partage soit maintenu; dès lors le législateur ne pouvait plus supposer aux parties contractantes la volonté de résoudre le partage, si l'une d'elles ne remplissait pas les engagements particuliers qu'elle a contractés envers une autre; car on ne peut supposer que tous les copartageants aient entendu se mettre à la merci de quelques-uns d'entre eux qui auraient pu s'entendre pour rompre des partages que tous les autres étaient intéressés à maintenir. La résolution a d'ailleurs, en matière de partage, des inconvénients plus grands que ceux qu'elle présente dans les autres contrats, à raison du grand nombre de copartageants dont les droits sont remis en question quand le partage est résolu. Des familles entières sont troublées par ces actions résolutoires, ainsi que les tiers auxquels des droits ont été concédés après le partage. En face de tous ces inconvénients, le législateur ne pouvait pas présumer que l'intention des parties fût de ré-

(1) Voyez les autorités citées par Zachariæ, t. IV, p. 406 et note 14, et par Demolombe, t. XVII, p. 380, n° 308. Metz, 23 mars 1820; Besançon, 25 juin 1828; Cassation du 29 décembre 1829 et du 14 mai 1833; Paris, 21 novembre 1830 et 3 février 1853; Nancy, 27 juillet 1838 (Dalloz, au mot *Succession*, nos 2093-2096, et 1855, 2, 334).

soudre le partage. Le même principe s'applique à la licitation judiciaire (1) et à la licitation volontaire qui a lieu entre cohéritiers (2). Quoique la licitation soit de sa nature une vente, le législateur l'assimile à un partage quand elle se fait entre cohéritiers; elle est donc soumise aux principes qui régissent le partage.

**461.** On appelle pacte commissoire la condition résolutoire qui est stipulée pour le cas où l'une des parties ne remplit pas ses obligations. Cette clause peut-elle être insérée dans un partage? La question est controversée : à notre avis, elle n'est pas douteuse. Le pacte commissoire est une condition résolutoire expresse, en ce sens qu'elle est stipulée par les parties contractantes. Or, les cohéritiers peuvent stipuler telles conditions qu'ils veulent, donc aussi le pacte commissoire. On ne peut se prévaloir, contre la condition résolutoire expresse, des raisons qui ont fait rejeter la condition résolutoire tacite en matière de partage. Sans doute la résolution pour cause d'inexécution des contrats présente des inconvénients; c'est une raison pour que le législateur ne la présume pas; mais de là à la défendre il y a loin. Il faudrait un texte pour cela, et il n'y en a point. Cela décide la question. Nous ajoutons que le législateur aurait eu tort de la prohiber; il doit laisser aux parties le soin de veiller à leurs intérêts : si elles trouvent que la clause résolutoire ne compromet pas leurs intérêts, pourquoi leur défendrait-on de l'insérer dans leurs conventions? On lit dans un arrêt que cette clause est incompatible avec les effets essentiels du partage (3). C'est là une pure affirmation à laquelle nous avons répondu d'avance : pourquoi la propriété déclarée ne pourrait-elle pas être résolue aussi bien que la propriété transférée? L'arrêt ajoute que la clause de résolution, si on l'admet, sera bientôt de style, ce qui détruirait entièrement la fiction de l'article 883, fiction introduite dans l'intérêt des

(1) Paris, 20 novembre 1851 (Dalloz, 1854, 5, 545).
(2) Lyon, 8 février 1835 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 2096).
(3) Rouen, 18 juin 1841 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 2098). Dans le même sens, Zachariæ, t. IV, p. 401 et note 15. Duvergier sur Toullier, t. II, 2, p. 359, n° 563, note *a*. et *Vente*, t. II, n°s 144 et suiv.

tiers plutôt que dans celui des copartageants. Cela n'est pas exact; si le partage efface l'indivision, ce n'est certes pas dans l'intérêt des tiers auxquels des droits ont été concédés, puisque ces droits tombent, c'est avant tout dans l'intérêt des cohéritiers : eh bien, qu'on leur laisse le soin de sauvegarder leurs intérêts comme ils l'entendent. Enfin l'arrêt invoque l'intérêt général qui veut que la propriété immobilière soit certaine et stable. Cela est très-vrai, mais cela prouve trop; malgré l'intérêt que la société a à la stabilité de la propriété, le législateur permet de faire des ventes sous condition résolutoire : pourquoi ne permettrait-il pas les partages sous cette condition? La liberté de contracter est aussi un intérêt général et le plus grand de tous, puisque c'est un des éléments de la liberté individuelle, sans laquelle il n'y a pas de vie (1).

La jurisprudence de la cour de cassation s'est prononcée en ce sens. La cour admet même que la condition ne doit pas être stipulée d'une manière expresse (2). Ce point nous paraît douteux. Il est vrai que la volonté des parties ne doit pas se manifester par des paroles sacramentelles, on peut l'induire de l'ensemble de leurs conventions. Mais quand il s'agit d'une exception à un principe, ne doit-on pas se montrer plus rigoureux? Or, le principe est que le partage n'est pas résolu pour inexécution des engagements; dès lors la résolution devient une exception, et toute exception doit être stipulée d'une manière formelle.

**462.** Nous n'avons rien à dire ici des effets de la résolution, quand elle a été stipulée et que la condition se réalise. On applique les principes généraux que nous exposerons au titre des *Obligations* : on peut dire en un mot que le partage résolu est anéanti, comme s'il n'avait jamais existé.

(1) Demolombe, t. XVII, p. 383, nº 310. La jurisprudence se fixe en ce sens. Rejet du 4 août 1824 (Dalloz, au mot *Succession*, nº 2099, 2º); cassation, 6 janvier 1846 (Dalloz. 1846, 1, 16); rejet du 12 août 1856 (Dalloz, 1857, 1, 8); Montpellier, 12 mai 1847 (Dalloz, 1847, 2, 158).

(2) Rejet, 12 août 1856 (Dalloz, 1857, 1, 8).

### N° 2. DES PARTAGES INEXISTANTS.

**463**. La théorie des contrats inexistants est admise par la doctrine; mais comme elle n'est pas formellement consacrée par la loi, il reste toujours quelque incertitude Nous avons exposé à plusieurs reprises les principes qui régissent les contrats inexistants (1); comme nous devons y revenir, au titre des *Obligations*, nous nous bornerons ici à en faire l'application au partage.

Quand le partage est-il inexistant? Le code ne dit pas quelles sont les conditions requises pour l'existence des conventions; de là l'incertitude qui règne en cette matière (2). Nous avons admis comme conditions essentielles, dans toute convention, le consentement, l'objet et la cause; il faut y ajouter la solennité dans les contrats appelés solennels. Nous allons appliquer ce principe au partage.

**464**. S'il n'y a pas de consentement, il n'y a pas de contrat, puisque le contrat n'est autre chose que le concours de consentement de ceux qui s'obligent à donner ou à faire. De là suit qu'un partage fait sans le concours de ceux qui sont appelés à y prendre part n'est pas un partage. Nous en avons déjà fait la remarque (n° 290). Sur ce point, les auteurs sont d'accord (3). Il y a d'ailleurs un texte : l'article 1078 déclare nul pour le tout le partage qu'un ascendant aurait fait sans y comprendre tous les enfants qu'il laisse à son décès. Par identité de raison, il faut déclarer radicalement nuls les partages auxquels tous les héritiers n'ont pas concouru.

Les successibles qui n'ont pas participé au partage peuvent-ils le confirmer? Si l'on admet la théorie des actes inexistants, il faut répondre négativement. On confirme des actes viciés et annulables à raison des vices qui les infectent; on ne confirme pas un acte qui n'a aucune exis-

(1) Voyez le tome I de mes *Principes*, p. 106, n° 71; t. II, p. 341, nos 269-280; t. IV, p. 95, nos 58-61, et p. 313, nos 224 226.

(2) Demante, t. III, p. 371, n° 231 *bis* I, suivi par Demolombe, t. XVII, p. 479, n° 388.

(3) Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, p. 549, n° 781. Demolombe, t. XVII, p. 487, n° 400.

tence, le néant confirmé serait toujours le néant. Mais cette doctrine a de la peine à pénétrer dans la jurisprudence. La cour de cassation a jugé à deux reprises que l'héritier d'une ligne peut confirmer le premier partage fait entre les deux lignes, sauf à demander un nouveau partage des biens attribués à sa ligne; le second arrêt permet aux parents de cette ligne de demander un nouveau partage de toute l'hérédité (1). Il nous semble qu'il y a là erreur sous tous les rapports. Le premier partage ne pouvait pas être confirmé, parce qu'il était inexistant. Et en supposant que la confirmation fût valable, les héritiers de l'une des lignes ne pouvaient plus l'attaquer, puisque, dans le système d'un partage nul, le successible qui n'y a pas pris part a seul qualité pour l'attaquer. Mais la cour ne pouvait pas admettre cette conséquence de sa doctrine, sans se mettre en opposition avec l'article 1078; elle aurait dû aller plus loin et décider que tous les actes faits en l'absence d'un copartageant étaient nuls, et ne pouvaient par conséquent être confirmés.

Le partage serait-il aussi inexistant si les cohéritiers y admettaient par erreur une personne qui n'est pas héritière? On enseigne que ce partage serait inexistant, c'est-à-dire radicalement nul, même à l'égard des héritiers qui y figurent (2). Il nous semble que c'est aller trop loin. Dans l'espèce, tous les héritiers ont consenti; donc on ne peut pas dire que le partage est inexistant par défaut de consentement. Ce qui est vrai, c'est qu'à l'égard de l'étranger, à qui l'on a attribué une part, il n'y a pas de partage; il n'a aucun droit aux biens qui lui ont été attribués; car le partage n'est qu'une liquidation de droits préexistants, il ne confère aucun droit; là où il n'y a pas de droit, il n'y a rien à liquider, donc pas de partage. Il suit de là que les héritiers peuvent répéter les biens contre celui qui les détient sans cause; il y aura lieu, de ce chef, à un partage supplémentaire, comme dans le cas où l'on a omis de partager des objets héréditaires. Il n'y a pas de raison de

(1) Arrêt de rejet de la chambre civile du 9 avril 1865, et rejet du 3 août 1865 (Dalloz, 1865, 1, 431 et 440).
(2) Demolombe, t. XVII, p. 480, n° 379 et p. 488, n° 401.

considérer le partage comme inexistant à l'égard des héritiers véritables; ils ont consenti, il ne reste qu'à compléter leurs lots (1). Il a été jugé que le partage est nul, ce qui conduit à la conséquence consacrée par l'arrêt, que l'action en nullité doit être intentée dans les dix ans (2). On voit ici l'importance qu'il y a à distinguer les partages nuls et les partages inexistants. Ce qui a trompé la cour, c'est qu'il y a erreur dans l'espèce, et l'erreur est une cause de nullité. Nous dirons, au titre des *Obligations*, qu'il y a aussi une erreur qui entraîne l'inexistence du contrat, c'est l'erreur sur la cause. Quand des biens sont attribués à un enfant adultérin que l'on croit légitime, il y a erreur sur la cause en ce sens qu'il n'y a pas de motif juridique d'admettre au partage un enfant qui en est exclu; or, la fausse cause entraîne l'inexistence du contrat (art. 1131).

Faut-il distinguer entre l'erreur de droit et l'erreur de fait? Dans l'espèce de l'arrêt que nous venons de citer, il y avait erreur de fait; on croyait les enfants légitimes, tandis qu'ils étaient adultérins. Il y aurait erreur de droit si l'on admettait au partage des enfants adultérins, parce qu'on ignore que la loi ne leur accorde aucun droit de succession. L'erreur de droit produit le même effet que l'erreur de fait (3). Nous le prouverons, au titre des *Obligations*, qui est le siége de la matière. Cela a été jugé ainsi par la cour de Toulouse; mais l'arrêt considère l'erreur comme une cause de nullité, et il applique la prescription de l'article 1304, tout en constatant que l'erreur sur la qualité des copartageants implique un défaut de consentement (4); or, l'absence de consentement entraîne l'inexistence du contrat; et quand le contrat est inexistant, il n'y a pas lieu à la prescription de dix ans.

**465**. On ne conçoit pas de convention sans objet, puisque les contrats n'ont d'autre raison d'être que de procurer aux hommes les choses qui leur sont nécessaires pour

(1) C'est ce que Demolombe lui-même dit, p. 493, n° 405. Comparez Duranton, t. VII, p. 739, n° 553.
(2) Aix, 12 décembre 1839 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 2331).
(3) Demolombe, t. XVII, p. 491, n° 402. Besançon, 1er mars 1827 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 147, 1°).
(4) Toulouse, 19 janvier 1824 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 2211, 1°).

leur existence physique ou pour leur vie intellectuelle. Si donc les héritiers *ab intestat* avaient procédé au partage d'une succession dans l'ignorance où ils étaient d'un testament par lequel le défunt a donné ses biens à d'autres personnes, il n'y aurait point de partage, puisqu'il n'y avait rien à partager; les héritiers posséderaient les biens sans cause; par suite, les légataires auraient contre eux l'action en pétition d'hérédité.

En serait-il de même si l'on avait compris dans le partage des biens qui appartiennent à l'un des héritiers? On prétend que, dans ce cas, la base essentielle du partage fait défaut, les biens à partager. Cela n'est pas exact, puisque tous les biens du défunt ont réellement été partagés. Il y a donc des biens qui n'appartenaient pas au défunt; si on les a mis au lot d'un copartageant, le véritable propriétaire peut les revendiquer. De là éviction, et par suite garantie. Il y aurait éviction quand même les biens auraient été mis dans le lot de l'héritier propriétaire, car il ne posséderait pas ces biens comme héritier, donc il serait évincé, dans le sens légal du mot. En tout cas, on ne peut pas considérer ce partage comme inexistant. L'auteur qui le considère comme tel apporte tant de restrictions à son opinion, qu'il n'en reste pour ainsi dire rien (1). On s'épargnerait ces hésitations si l'on commençait par établir des principes certains.

Il y a encore une erreur qui concerne la distribution des biens, et par conséquent l'objet du partage. On suppose d'abord que les héritiers se sont trompés sur la quotité héréditaire de l'un d'eux : on lui a donné le quart et il n'avait droit qu'au cinquième; ou on lui a donné un cinquième alors qu'il avait droit au quart; ou l'on n'a pas tenu compte d'une part qui lui revenait par préciput comme donataire ou légataire. Faut-il décider que, dans ces cas, le partage est inexistant? On ne peut pas dire qu'il y a défaut d'objet, puisque les biens héréditaires ont réellement été partagés; donc le partage existe. Il y a erreur dans la distribution; il y a donc lieu à une rectification

(1) Demolombe, t. XVII, p. 484, n° 398. Comparez Demante, t. III, p. 373, n° 231 *bis* II.

du partage (1). La cour de cassation a jugé qu'un partage fait entre héritiers dans l'ignorance d'un testament qui donnait à l'un d'eux un quart par préciput, est nul pour cause d'erreur dans sa substance, et non rescindable seulement pour lésion (2). On croirait, d'après cela, que la cour considère cette erreur comme une des erreurs substantielles qui entraînent l'inexistence des conventions. Mais la théorie des contrats inexistants n'a pas encore pris racine dans la jurisprudence ; la cour met l'erreur qui, selon elle, vicie le partage dans sa substance, sur la même ligne que la violence et le dol, c'est-à-dire qu'elle y voit une cause de nullité. Dans l'espèce, la cour avait raison de ne pas déclarer le partage inexistant ; on ne peut pas même dire qu'il fût nul, car la loi ne place pas l'erreur parmi les causes de nullité du partage : est-elle substantielle, le partage est inexistant : n'est-elle pas substantielle, il y a seulement lieu à une rectification du partage. D'après Chabot, il y aurait lieu à la rescision pour cause de lésion, si la lésion était de plus du quart (3). Cela n'est pas exact ; la lésion suppose une erreur dans l'estimation des biens ; et, dans l'espèce, il y a erreur sur les droits des copartageants ; les deux hypothèses sont tout à fait différentes et régies par des principes différents, comme l'a très-bien jugé la cour de Toulouse (4). Mais, de même que la cour de cassation, elle voit dans cette erreur une cause de nullité.

**466.** La cause est la seule condition substantielle des contrats sur laquelle le code s'explique (art. 1131). Mais il est très-difficile de définir ce que le code entend par cause. Au titre des *Obligations*, nous essayerons d'établir que la cause se confond avec l'un ou l'autre élément essentiel des conventions. Il n'y a donc rien de spécial à en dire en ce qui concerne le partage.

(1) Duranton, t. VII, p. 340, n° 553. Zachariæ, édition d'Aubry et Rau, t. IV, p 407 et suiv., et note 4. Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, p. 550, n° 782.
(2) Cassation, 17 novembre 1858 (Dalloz, 1858, 1, 465). Comparez Demolombe, t. XVII, p. 493, n° 406.
(3) Chabot, t. II, p. 682, n° 4 de l'article 887.
(4) Toulouse, 19 janvier 1824 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 2211, 1°). Dans le même sens, Besançon, 1er mars 1827 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 147, 1°).

La quatrième condition est étrangère au partage; dans notre opinion, c'est un contrat non solennel; de sorte que la nullité de l'écrit qui le constate n'a d'autre conséquence que de priver les parties intéressées de la preuve littérale, sauf à elles à prouver le partage par d'autres moyens de preuve.

### Nº 3. DE LA NULLITÉ DES PARTAGES.

#### I. *De l'incapacité.*

**467.** Le code a un système singulier, en matière de partage, quand des mineurs, des interdits ou des absents y sont intéressés. Tandis que les actes ordinaires sont nuls lorsque les formes prescrites pour la garantie des incapables n'ont pas été observées, les partages irréguliers sont maintenus, mais seulement comme partages provisionnels, c'est-à-dire de jouissance. Il n'y a donc pas lieu de demander la nullité de ces partages; l'indivision continue, et chacun des héritiers peut y mettre fin en demandant un partage définitif. Cela suppose que le tuteur y a procédé avec l'autorisation du conseil de famille; si le tuteur n'était pas autorisé, ou si le mineur a figuré à l'acte, le partage est nul d'après le droit commun. On applique, en ce cas, les principes que nous exposerons au titre des *Obligations* Cette distinction entre les partages nuls et les partages provisionnels donne lieu à de grandes difficultés; nous renvoyons à ce qui a été dit plus haut (nos 275 et suiv.).

Quant à la femme mariée, on applique aussi les principes généraux qui régissent les actes par elle faits sans autorisation. Nous avons exposé cette matière au premier livre.

#### II. *De la violence et du dol.*

**468.** Aux termes de l'article 887, « les partages peuvent être rescindés pour cause de violence ou de dol. » C'est l'application du droit commun qui régit les contrats

(art. 1109). Nous exposerons, au titre des *Obligations*, les principes concernant les vices du consentement; ils s'appliquent au partage comme à toute convention, puisque le code n'y déroge pas. La violence et le dol vicient le consentement et rendent le contrat nul, c'est-à-dire annulable; l'article 1117 renvoie au chapitre qui traite de l'action en nullité ou en rescision; les articles 1304 et suivants sont donc applicables à l'action en rescision du partage pour cause de violence ou de dol. Il en est de même de l'article 1338, qui parle tout ensemble de la confirmation et de la preuve de la confirmation; cette matière se rattache aux nullités puisque la confirmation a pour objet de les couvrir (1).

**469.** Les auteurs discutent la question de savoir si l'héritier qui demande la rescision du partage pour cause de violence ou de dol doit prouver une lésion quelconque. Non, disent les uns, parce que la nullité est fondée sur un vice de consentement, et le demandeur n'a autre chose à prouver que l'existence de ce vice (2). Les autres objectent le vieil adage qui dit qu'il n'y a pas d'action sans intérêt; ils en concluent que le demandeur doit prouver que la violence ou le dol lui ont causé un préjudice quelconque (3). Question oiseuse, s'il en fut jamais! Est-ce que les copartageants auraient employé la violence pour extorquer le consentement, ou le dol pour le surprendre, sans y avoir aucun intérêt? Se rend-on coupable de violence ou de manœuvres frauduleuses pour le seul plaisir d'exercer la violence ou de pratiquer le dol, comme on fait de l'art pour l'art? Donc par cela seul qu'il y a violence ou dol, il y a un intérêt pour celui qui emploie ces honteux moyens, et partant il y a un préjudice quelconque pour celui qui a été violenté ou trompé (4). Nous croyons inutile d'insister.

**470.** On discute encore la question de savoir si l'arti-

(1) Duranton, t. VII, p. 745, n° 559.
(2) Duranton, t. VII, p. 749, n° 565; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. II, p. 378, note 2; Demolombe, t. XVII, p. 497, n° 410.
(3) Chabot, t. II, p. 680, n° 2 de l'article 887.
(4) Malpel, *Des successions*, p. 650, n° 315.

cle 891 est applicable en cas de violence et de dol, c'est-à-dire si le défendeur à la demande en rescision peut en arrêter le cours, en fournissant au demandeur le supplément de sa portion héréditaire. Les termes mêmes de l'article 891 prouvent qu'il ne s'applique qu'à la lésion, qui doit être de plus du quart pour donner lieu à la rescision; et l'esprit de la loi ne laisse aucun doute. C'est parce que l'unique fondement de l'action est le préjudice éprouvé par le demandeur que la loi permet d'arrêter l'action en le dédommageant; la réparation du préjudice fait tomber l'action. Quand, au contraire, la rescision est demandée pour violence ou dol, le fondement de l'action est le vice de consentement, et on n'efface pas ce vice en désintéressant le demandeur (1).

### III. *De l'erreur.*

**471**. Le code ne mentionne pas l'erreur parmi les causes qui vicient le consentement. Est-ce un oubli du législateur? Non; car le projet de code civil portait que « les partages peuvent être rescindés, comme les autres actes, pour cause de violence, de dol ou d'*erreur de fait.* » Au conseil d'Etat, l'erreur fut retranchée. Non qu'il ne puisse y avoir bien des erreurs en matière de partage; mais les unes, comme nous l'avons déjà dit, entraînent l'inexistence du contrat, et les autres, comme nous allons le dire, donnent lieu à des actions autres que celle en nullité (2).

La rédaction primitive soulève encore une autre question. En disant que le partage était vicié par l'erreur de fait, le projet rejetait implicitement l'erreur de droit comme viciant le consentement en matière de partage. Nous verrons au titre des *Obligations* que telle n'est pas la théorie du code, et que les principes sont d'accord avec les textes pour décider qu'il n'y a pas à distinguer entre les sources de l'erreur, il suffit qu'il y ait erreur pour que le consen-

(1) Voyez les diverses opinions dans Demolombe, t. XVII, p. 498, nº 411.
(2) Comparez la discussion du conseil d'Etat du 23 nivôse an XI, nº 32 (Locré, t. V, p. 75).

tement soit vicié (1). La jurisprudence s'est fixée en ce sens.

**472.** L'article 887 prévoit un cas d'erreur : « La simple omission d'un objet de la succession ne donne pas ouverture à l'action en rescision, mais seulement à un supplément à l'acte de partage. » Pourquoi la loi préfère-t-elle un partage supplémentaire à la rescision? Elle cherche à maintenir les partages et à consolider la propriété. Ce n'est pas qu'un partage supplémentaire soit sans inconvénient; rarement on pourra observer la règle fondamentale des partages qui veut que chaque copartageant ait sa part en nature; il faudra le plus souvent recourir à la licitation ou faire un partage avec soulte; mais ces légers inconvénients disparaissent devant le grand avantage que procure le maintien du partage, en assurant le repos des familles. On doit donc interpréter la loi de manière à éviter toujours un nouveau partage. Il a été jugé que si un héritier a omis de rapporter à la masse une somme reçue en avancement d'hoirie, il y a lieu à un supplément de partage et non à la rescision (2); en effet, cette somme était un bien de la succession, on est donc dans le texte comme dans l'esprit de la loi. On omet, et à dessein, de comprendre dans le partage une statue placée dans la chapelle d'un château, parce que l'on croit que la destination religieuse de la statue s'oppose à ce qu'elle soit mise dans le commerce. C'était une omission fondée sur une erreur de droit; mais la loi ne distinguant pas, le texte est applicable; la cour de cassation a décidé qu'il fallait ordonner un partage supplémentaire par voie de licitation (3).

Il y a des cas où il n'y a pas même lieu à un partage supplémentaire. Un héritier prétend qu'il doit y avoir des omissions dans le partage, mais il ne cite aucun bien qui aurait été omis; il se fonde uniquement sur ce que le partage ne répond pas à la fortune présumée du défunt. On pouvait lui répondre que le partage a pour objet la fortune

(1) Duranton, t. VII, p. 740, n° 554. En sens contraire, les arrêts rapportés par Dalloz, au mot *Succession*, n° 2212.
(2) Rejet, 18 juin 1833 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 2208).
(3) Rejet, 23 mars 1843 (Dalloz, au mot *Biens*, n° 116).

réelle, et non des biens imaginaires. La demande fut rejetée(1). Un héritier demande que l'on redresse des erreurs et des omissions dans l'acte de liquidation, et il conclut à ce que les bénéfices résultant de ces erreurs ou omissions soient répartis entre tous les copartageants. Il fut jugé que c'était une simple rectification de compte ; il fallait donc appliquer l'article 541 du code de procédure qui porte : « Il ne sera procédé à la révision d'aucun compte, sauf aux parties, s'il y a erreurs ou omissions, à en former leurs demandes devant les mêmes juges. » La cour d'appel décida qu'il n'y avait ni erreurs ni omissions; dès lors il ne pouvait être question d'un partage supplémentaire(2).

Il y a d'autres cas où une demande en rectification de partage est inadmissible, parce que le débat porte sur une question de lésion. Un bois est partagé en deux lots; il se trouve que dans l'un des lots il y a une pièce de terre arable enclavée dans le bois, dont l'arpenteur n'a tenu aucun compte; on prétend qu'il y a omission, et par suite lieu à un supplément de partage. Non, dit la cour de cassation, car la pièce de terre n'est pas omise, seulement elle figure comme bois; il en résulte une lésion, mais la lésion était si minime qu'elle ne pouvait donner lieu à une action en rescision (3). Il y a des erreurs matérielles que les tribunaux peuvent réparer, parce qu'on peut les assimiler à une erreur de compte. Un acte de partage met à la charge du premier lot une soulte qui, d'après le rapport des experts, devait être supportée par le second lot en faveur du troisième. Erreur purement matérielle, que les tribunaux ont le droit de corriger, d'après la décision de la cour de cassation (4).

Il s'est présenté un cas singulier devant la cour de cassation. Des enfants partagent, comme provenant de la succession de leur mère, des biens dépendant en réalité de la succession paternelle. On ne peut pas dire qu'il y ait des biens omis; les biens paternels auraient, au contraire,

(1) Cassation, 21 mars 1854 (Dalloz, 1854, 1, 379).
(2) Rejet, 19 mars 1855 (Dalloz, 1855, 1, 399).
(3) Rejet, 26 novembre 1833 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 2215).
(4) Rejet, 19 décembre 1815 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 2217).

dû être exclus du partage, mais comme ces biens appartenaient aussi aux copartageants, et que rien n'empêche, en droit, de confondre les deux successions, paternelle et maternelle, dans une même masse, il ne restait qu'une question de fait; ce partage a-t-il lésé l'un des copartageants? Dans l'espèce, on n'invoquait pas la lésion; dès lors l'erreur sur l'origine des biens ne donnait lieu à aucune action (1).

**473**. L'erreur qui porte sur la valeur des choses partagées produit une lésion. Mais toute lésion ne donne pas lieu à une action; il faut qu'elle soit de plus du quart pour que le partage puisse être rescindé de ce chef. Si elle est moindre, l'action en rescision n'est pas admise, à moins que la lésion ne soit le résultat d'un dol.

**474**. Si l'on a compris par erreur, dans le partage, des biens qui appartenaient à des tiers, l'héritier au lot duquel ces biens sont mis éprouve une éviction, du moment où il a connaissance que ces biens ne sont pas la propriété du défunt; il a donc une action en garantie, mais cette action n'annule pas le partage (n° 441). Il en serait de même si les biens appartenaient à l'un des héritiers; celui-ci peut les revendiquer. On ne pourrait pas lui opposer qu'il est tenu à la garantie et que celui qui doit garantir ne peut évincer; l'héritier répondrait que les copartageants ne se doivent garantie qu'en ce sens qu'ils sont tenus de réparer la perte qui résulte de l'éviction; que cette garantie-là il la supportera, puisqu'il devra indemniser l'héritier évincé pour sa part héréditaire : l'adage est donc sans application (2).

Il y a d'autres cas dans lesquels l'erreur concernant les biens est considérée comme viciant le partage dans sa substance; nous avons examiné ces difficultés en traitant du partage inexistant (n° 465).

(1) **Rejet** de la chambre civile du 3 mai 1852 (Dalloz, 1852, **1, 143**).
(2) **Bruxelles**, 21 janvier 1843 (*Pasicrisie*, 1843, 2, 300).

### § 4. DE LA RESCISION POUR CAUSE DE LÉSION.

#### I. *Principe.*

**475.** Dans la théorie du code, la lésion n'est pas un vice de consentement; elle ne vicie les conventions que dans certains contrats, dit l'article 1118 : ce sont la vente et le partage. Pourquoi le partage est-il, par exception, rescindable pour cause de lésion? Si, en règle générale, la lésion n'est pas une cause de nullité, c'est, comme le dit l'orateur du Tribunat, que les contrats sont une spéculation; chacune des parties y cherche un avantage; il est donc de la nature des contrats que l'un des contractants y gagne plus que l'autre. Il n'en est pas de même du partage; les copartageants ne spéculent pas, ils liquident des droits qu'ils tiennent de la loi ou de la volonté du défunt; or, la liquidation doit se faire d'après la plus stricte égalité; donc la lésion vicie le partage (1). Cependant la loi n'admet pas la moindre lésion comme cause de rescision; l'article 887 veut qu'elle soit de plus du quart. Une égalité mathématique est impossible, à moins qu'il n'y ait qu'une somme d'argent à partager; dès qu'il s'agit d'objets mobiliers ou immobiliers, une estimation est nécessaire, et cette opération est toujours plus ou moins conjecturale. Si donc toute lésion était admise comme cause de rescision, il n'y aurait pas de partage à l'abri d'une action en nullité; mais si les partages doivent être faits d'après la loi de l'égalité, il importe aussi de les rendre stables, afin d'assurer le repos des familles, car il s'agit d'un contrat qui intervient entre parents. Dans l'ancien droit, on avait laissé quelque latitude au juge, en fixant le chiffre de la lésion du tiers au quart. Notre législation moderne n'admet plus cet arbitraire : aux termes de l'article 887, il peut y avoir lieu à rescision lorsqu'un des cohéritiers établit, « à son préjudice, une lésion de plus du quart (2). »

(1) Discours de Siméon, nº 40 (Locré, t. V, p. 141).
(2) Chabot, t. II p. 680 nº 3 de l'article 887. Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, p. 551, nº 784.

La loi dit qu'il *peut* y avoir lieu à rescision ; ce n'est pas à dire que la rescision soit facultative pour le juge ; il doit rescinder le contrat dès que la lésion légale est établie, mais le défendeur peut empêcher la rescision en fournissant au demandeur le supplément de sa portion héréditaire (art. 891) ; si le défendeur use de ce droit, il n'y aura pas de rescision, bien qu'il y ait lésion.

**476.** Pour que l'action en rescision soit recevable, il faut que le demandeur établisse, *à son préjudice*, une lésion de plus du quart. Ainsi il ne suffit pas que l'un des copartageants soit avantagé de plus du quart pour que le partage puisse être rescindé ; il faut que le demandeur soit lésé de plus du quart. Il peut donc arriver qu'un partage très-inégal ne soit pas rescindable. Une succession, valant 100,000 francs, se partage entre quatre héritiers : chacun devrait avoir dans son lot une valeur de 25,000 francs ; or, l'un a 40,000 francs, tandis que les autres n'en ont que 20,000 : aucun d'eux n'étant lésé de plus du quart, ils ne peuvent intenter l'action en rescision (1). Nous exposons le système du code sans le justifier ; quand l'égalité est blessée à ce point-là, il devrait y avoir rescision.

**477.** Il importe donc de préciser le cas dans lequel il y a lieu à l'action en rescision. La lésion résulte d'une erreur dans l'estimation des biens ; donc dès que la demande implique que les biens ont été mal estimés, il faut que le demandeur établisse, à son préjudice, une lésion de plus du quart pour que l'action soit recevable. Mais l'estimation peut être exacte, et l'héritier pourra néanmoins avoir une action, quoique le préjudice qu'il éprouve ne s'élève pas au quart ; cela arrive quand des erreurs de calcul ont été commises par celui qui a rédigé l'acte de partage ; il est de jurisprudence que ces erreurs peuvent être réparées par le tribunal, sans que l'on ait à considérer le montant du préjudice (n° 472) (2). Il est dans l'esprit de la loi que les erreurs de calcul doivent toujours être réparées. La transaction est le plus stable des contrats ; la loi lui donne

(1) Duranton, t. VII, p. 747, n° 561.
(2) Demolombe, t. XVII, p. 506, n° 416, et les autorités qu'il cite.

l'autorité de la chose jugée, elle ne veut pas qu'on l'attaque, ni pour erreur de droit, ni pour cause de lésion; toutefois elle ajoute que l'on doit réparer l'erreur de calcul (art. 2052 et 2058). A plus forte raison en est-il ainsi dans les partages.

**478.** Quand la lésion est de plus du quart, le partage est rescindable, alors même qu'il aurait été fait en justice. La loi ne distingue pas, et il n'y avait pas lieu de distinguer. Sans doute les formalités du partage judiciaire sont des garanties pour les copartageants; aussi arrivera-t-il rarement que l'un d'eux soit lésé. Mais si cela arrivait, il n'y aurait pas de raison pour refuser la rescision. On objecte l'article 1684, aux termes duquel la rescision pour cause de lésion n'a pas lieu en toutes ventes qui, d'après la loi, ne peuvent être faites que d'autorité de justice. Nous dirons, au titre de la *Vente*, quels sont les motifs que l'on donne pour justifier cette disposition; ils ont peu de valeur. C'est une exception que l'on doit se garder d'étendre. La lésion n'a été admise comme cause de nullité de la vente que par une espèce de transaction entre les partisans et les adversaires de la rescision; elle était donc vue avec peu de faveur, tandis qu'elle est de l'essence des partages (1). On pourrait dire que l'égalité est nécessairement observée dans les partages judiciaires, puisque les lots sont tirés au sort. Nous répondons que si les lots sont inégaux, l'égalité qui existera entre les copartageants sera une égalité aléatoire, ce qui répugne à la nature du partage : on conçoit les chances du hasard dans les contrats où chacune des parties veut faire un gain, on ne les conçoit plus dans une convention à laquelle toute spéculation est étrangère.

Quand nous parlons d'un partage judiciaire, nous supposons un partage fait en justice dans les formes prescrites par le code civil et le code de procédure; le tribunal n'intervient que pour autoriser le partage et pour l'homologuer. Il n'y a point là de décision judiciaire qui puisse

(1) Duranton, t. VII, p. 761, n° 581; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, p. 566, n° 805; Demolombe, t. XVII, p. 512, n° 425.

acquérir force de chose jugée; voilà pourquoi le partage peut être attaqué sans qu'il soit porté atteinte à l'autorité qui est attribuée aux jugements. Mais si les opérations du partage soulèvent une contestation, et si le tribunal la décide, le jugement ne pourra pas être attaqué, pas plus par une action en rescision que par toute autre action. On applique, dans ce cas, les principes qui régissent la chose jugée. Cette distinction, qui résulte de la nature même des choses, est consacrée par la jurisprudence (1). Ainsi lorsque les bases sur lesquelles les droits des parties ont été liquidés, sont établies par un jugement passé en force de chose jugée, ces bases ne peuvent plus être remises en question (2).

**479.** Les héritiers peuvent-ils renoncer au droit de demander la rescision pour cause de lésion? En matière de vente, la question est décidée négativement par l'article 1674 : quand même le vendeur aurait expressément renoncé dans le contrat à la faculté de demander la rescision, il conserve le droit que la loi lui donne. La cour de cassation a jugé qu'il en est de même en matière de partage (3), et la doctrine est d'accord avec la jurisprudence (4). Cela ne nous paraît pas douteux s'il s'agit d'une renonciation faite d'avance, comme le dit la cour de cassation, c'est-à-dire dans l'acte même de partage. La lésion est un vice de consentement; quand un héritier consent à un partage malgré la lésion dont il a connaissance, il le fait pressé par le besoin, il ne jouit donc pas de son entière liberté; par suite la renonciation qu'il ferait serait viciée par la même cause qui vicie le partage. Autre est la question de savoir si la renonciation est permise lorsque le partage est consommé; dans ce cas, la renonciation est une confirmation. Le partage vicié par la lésion peut-il être confirmé? Nous examinerons la question plus loin.

(1) Rejet, 11 juin 1838 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 2300).

(2) Lyon, 26 janvier 1841 (Dalloz, au mot *Chose jugée*, n° 372). Dans le même sens, Aubry et Rau sur Zachariæ, t. IV, p. 417, notes 21 et 22 du § 626; Demolombe, t. XVII, p. 512, n° 425.

(3) Cassation, 22 mai 1855 (Dalloz, 1855, 1, 197). Dans le même sens, Pau, 12 janvier 1826 et Nîmes, 15 janvier 1839 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 2327).

(4) Demolombe, t. XVII, p. 511, n° 417, et les autorités qu'il cite.

### II. *A quels actes s'applique la rescision.*

1. PRINCIPE DE L'ARTICLE 888.

**480**. L'article 888 pose le principe en ces termes : « L'action en rescision est admise contre tout acte qui a pour objet de faire cesser l'indivision entre cohéritiers, encore qu'il fût qualifié de vente, d'échange et de transaction, ou de toute autre manière. » Il faut donc que l'acte ait *pour objet* de faire cesser l'indivision. De là suit que la donation de droits successifs faite par l'un des héritiers à ses cohéritiers ne serait pas rescindable pour cause de lésion. Elle fait, à la vérité, cesser l'indivision aussi bien que la vente, mais elle n'a pas pour objet de la faire cesser. Le but du donateur est de faire une libéralité, il n'entend pas faire un acte de partage; dès lors la lésion ne se conçoit plus (1).

Cela suppose une donation pure et simple. Si elle est faite avec charge, les obligations imposées au donataire peuvent être l'équivalent des droits héréditaires du donateur; dans ce cas, la prétendue donation sera un partage et pourra être rescindée pour cause de lésion. Une sœur donne à son frère les biens immeubles indivis qu'elle possédait en commun avec lui, à condition par le donataire de se charger des rentes hypothéquées sur ces immeubles et de payer à la donatrice une rente viagère de 4,000 fr.; l'acte porte que la donatrice *retient* cette rente. Il a été jugé que cet acte avait pour objet de faire cesser l'indivision ; en effet, il attribuait au frère la portion de la sœur dans les immeubles communs, avec les charges dont ils étaient grevés, et la sœur retenait une rente viagère hypothéquée sur ces biens, à titre de compensation. Mais la compensation impliquait une lésion de plus du quart et même de plus des sept douzièmes. La donation fut rescindée (2).

**481**. Dès que l'acte a pour objet de faire cesser l'indi-

(1) Demante, t. III, p. 375, n° 232 *bis* II.
(2) Gand, 10 janvier 1842 (*Pasicrisie*, 1843, 2, 160).

vision, il est rescindable pour cause de lésion, quand même il porterait une autre qualification. On explique d'ordinaire cette disposition en ce sens que le législateur a voulu prévenir que la loi ne fût éludée par les parties contractantes, lesquelles, pour éviter que le partage vicié par la lésion ne soit attaqué, lui donnent un autre nom; de sorte que l'article 888 supposerait que la qualification de vente, d'échange, de transaction, que porte l'acte est fausse. Cette explication se trouve dans l'excellent rapport que Chabot a fait au Tribunat. « Pour qu'on ne puisse pas *éluder* la loi, dit-il, en donnant à l'acte de partage une autre dénomination, elle dispose que tout acte qui aura pour objet de faire cesser l'indivision entre cohéritiers sera considéré comme un partage. » La plupart des auteurs reproduisent cette interprétation (1). Elle a quelque chose de vrai. On pouvait prévoir que les copartageants qui profitent de la lésion, et qui sont le plus souvent de mauvaise foi, chercheraient à empêcher la rescision en déguisant le partage sous l'apparence d'un autre contrat. Mais si tel était l'unique but de l'article 888, il serait inutile. En effet, il est de principe que les parties intéressées ne peuvent pas éluder la loi par des actes simulés, car ce serait la violer. Quand les parties font des actes simulés, on applique le vieil adage : *plus valet quod agitur quam quod simulatur*; on a égard à ce que les parties font et ont voulu faire, et non à ce qu'elles ont feint. Cette règle suffisait pour rescinder un partage que les parties auraient faussement qualifié de vente. Le législateur a donc dû avoir un autre but : c'est de déclarer rescindables les actes qui ne seraient pas simulés, du moment qu'ils ont pour objet de faire cesser l'indivision. Cela résulte du texte et de l'esprit de la loi. L'article 888 n'exige pas la fraude, et il n'y avait aucune raison de l'exiger. Que veut la loi? Elle veut l'égalité dans le partage; donc dès que par suite d'un acte quelconque qui fait cesser l'indivision, l'un des héritiers est lésé d'un quart, il doit avoir le droit d'en deman-

(1) Chabot, Rapport, n° 62 (Locré, t. V, p. 126). Toullier, t. II, 2, p. 361, n° 577. Chabot, t. II, p. 685, n° 1 de l'article 888; Duranton, t. VII, p. 749, n° 666; Mourlon, *Répétitions*, t. II, p. 214.

de la rescision. Il vend sa part à ses cohéritiers; c'est une vente reelle; comme vendeur il peut agir en rescision s'il est lésé, mais il faut que la lésion soit des sept douzièmes (art. 1674). Si la vente fait cesser l'indivision, elle équivaut à un partage; or, dans un partage, la loi exige une plus grande égalité que dans une vente; le vendeur pourra donc, comme copartageant, demander la rescision dès qu'il sera lésé de plus du quart. Si au lieu d'une vente on suppose un échange, l'héritier qui a échangé sa part héréditaire contre des immeubles que les cohéritiers lui ont donnés, aura l'action en rescision, en cas de lésion, quoique l'échange soit réel et quoique l'échange, comme tel, ne puisse être rescindé pour lésion (art. 1706). Le code dit aussi que la transaction ne peut être attaquée pour cause de lésion (art. 2052). Mais si la transaction, quoique très-réelle, a pour objet de faire cesser l'indivision, elle sera rescindable pour lésion de plus du quart (1). Il n'y a donc qu'une chose à voir : l'héritier qui a reçu sa part héréditaire, en vertu de n'importe quel acte, est-il lésé? S'il l'est, il pourra agir en rescision. Rien de plus logique.

**482.** L'action en rescision est-elle admise quand le partage ne comprend qu'une partie des biens héréditaires? S'il s'agit d'un partage proprement dit, il n'y a pas le moindre doute. La loi ne distingue pas, et il n'y avait pas lieu de distinguer. Le partage partiel est un partage, donc il est rescindable pour cause de lésion : c'est le vœu de la loi. S'il en est ainsi du partage, on doit appliquer le même principe aux actes qui font cesser l'indivision, puisque ces actes sont assimilés au partage. Nous n'y voyons pas de doute non plus. Les héritiers commencent par se partager les meubles; il reste un immeuble d'une grande valeur; l'un des héritiers vend à ses cohéritiers sa part dans cet immeuble, et il en résulte pour lui une lésion de plus du quart. Pourra-t-il agir en rescision? Il y a dans l'espèce deux partages partiels, celui des meubles et celui des immeubles. Peu importe qu'il n'y ait qu'un immeuble; tou-

(1) Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, p. 567, n° 806; Demolombe, t. XVII, p. 526, n° 433.

jours est-il que cet immeuble est indivis et qu'il doit être partagé. Eh bien, la vente que l'un des heritiers fait de sa part dans cet immeuble à ses cohéritiers fait cesser l'indivision quant au vendeur. On est donc dans le texte de la loi, et quant à l'esprit, il n'est certes pas douteux : l'héritier est lésé de plus du quart, donc il doit avoir le droit d'agir en rescision (1).

La seule difficulté qui se présente, en cas de partages partiels, est celle-ci : faut-il combiner les divers partages et calculer la lésion sur la totalité des biens qui ont été successivement partagés? ou est-ce que chaque partage doit être considéré comme un acte indépendant des autres? La cour de cassation s'est prononcée pour la première opinion, par des motifs tellement péremptoires que nous ne comprenons pas qu'il reste encore le moindre doute. Que veut le législateur? L'égalité, c'est-à-dire que le résultat final de la distribution des biens héréditaires ne cause pas à l'un des héritiers une lésion de plus du quart. Or, peut-on dire qu'un héritier est lésé quand dans le partage des meubles il a reçu cinq mille francs trop peu, alors que dans le partage des immeubles il a reçu cinq mille francs de trop? Scinder les deux actes, ce serait annuler un partage fait d'après les strictes lois de l'égalité. Après tout, les divers partages ne constituent qu'un même acte, une même distribution; ce sont comme les diverses clauses d'une convention unique; on ne peut donc pas les isoler. Vainement dit-on que chacun de ces partages est définitif. Qui le nie? cela empêche-t-il que tous se rapportent à un seul objet? Il y aura des inconvénients à remettre en question des partages faits depuis plus de dix ans : la prescription ne les couvre-t-elle pas? Oui, elle les couvre en ce sens qu'ils ne peuvent pas être rescindés; mais la prescription ne s'oppose pas a ce que l'on combine ce partage avec ceux qui l'ont suivi, pour calculer s'il y a lésion (2).

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Lésion*, § IV, n° 7. Duranton, t. VII, p. 755. n° 576. Zachariæ, t. IV, p. 411 et note 10, et les autorités qui y sont citées. Demolombe, t. XVII, p. 514. n° 427.

(2) Arrêt de Rouen, du 4 mars 1838, confirmé par un arrêt de rejet du 27 avril 1841 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 2199, approuvé par Aubry et

**483.** L'article 888 s'applique-t-il à un partage, ou à un acte équivalent, qui ne fait cesser l'indivision qu'à l'égard de quelques-uns des héritiers? Si l'on s'en tient au texte et à l'esprit de l'article 888, la question n'est pas douteuse. La loi est générale, elle ne distingue pas : il suffit que l'acte ait pour objet de faire cesser l'indivision *entre cohéritiers*. L'article 887 est encore plus général : il suffit qu'il y ait partage et que l'un des héritiers soit lésé de plus du quart; or, quand l'indivision cesse à l'égard de l'un des héritiers, n'y a-t-il pas partage? Il a sa part : cette part est-elle celle qu'il aurait dû avoir? ou est-il lésé de plus du quart? S'il est lésé, pourquoi ne pourrait-il pas agir en rescision? Est-ce parce que l'indivision continue entre ses cohéritiers? Eh! qu'est-ce que cela lui fait? cela l'empêche-t-il d'être lésé? Inutile d'insister, car l'article 889 décide la question. Il consacre une exception à la règle établie par les articles 887 et 888; cette exception s'applique au cas où une cession de droits successifs a été faite par un héritier à l'un de ses cohéritiers; or, les exceptions portent naturellement sur les cas compris dans la règle; en ce sens l'exception explique la règle, comme le dit le vieil adage : *exceptio denotat regulam*. Cela est décisif.

La jurisprudence de la cour de cassation est en ce sens (1). Il y a quelques arrêts de cours d'appel en sens contraire (2). Ce qui a jeté quelque obscurité sur une question qui est réellement tranchée par le texte, c'est l'interprétation que la jurisprudence et la plupart des auteurs donnent à l'article 883. S'agit-il de déterminer les effets du partage en ce qui concerne la translation de la propriété, l'opinion générale exige que l'indivision cesse à

Rau sur Zachariæ, t. IV, p. 411, note 10). Comparez les objections de Demolombe, t. XVII, p. 515, n° 428.

(1) Rejet, 20 mars 1844, de la chambre civile (Dalloz, au mot *Succession*, n° 2289); cassation, 28 juin 1859 (Dalloz, 1859, 1, 299). Arrêt de rejet de la cour de cassation de Belgique du 14 avril 1848 (*Pasicrisie*, 1848, 1, 472). Dans le même sens, Zachariæ, édition d'Aubry et Rau, t. IV, p. 412 et note 11; Demante, t. III, p. 375, n° 232 *bis* III; Demolombe, t. XVII, p. 520, n° 430.

(2) Montpellier, 9 juin 1853 (Dalloz, 1854, 2, 173). Alger, 26 février 1866 (Dalloz, 1868, 1, 109).

l'égard de tous les héritiers (n° 418). Or, la rescision pour cause de lésion est aussi un des effets du partage : ne faut-il pas dire, en conséquence, qu'il ne s'applique que lorsque l'indivision a cessé totalement? Nous répondrons d'abord qu'il y a une différence entre les cas prévus par les articles 883 et 888. Dans le cas de l'article 883, les droits des tiers sont en cause, et il s'agit d'une fiction : deux raisons pour interpréter la loi restrictivement. Tandis que l'article 888 applique un principe général de droit et d'équité, le principe de l'égalité qui doit régner dans les partages; or, l'égalité intéresse chacun des héritiers, considéré individuellement; dès que l'un d'eux n'a pas la part qu'il doit avoir, il a le droit d'agir en rescision, sans qu'il y ait à voir ce qui se passe entre ses cohéritiers. On ne peut donc pas interpréter les deux articles 883 et 888 l'un par l'autre. Nous ajoutons que, dans l'opinion que nous avons enseignée sur la portée de l'article 883, il y a harmonie entre les deux dispositions : l'article 883 ainsi que l'article 888 s'appliquent au cas où un héritier vend à ses cohéritiers sa part dans les biens indivis. Toutefois l'article 889 étend encore davantage la notion du partage; il admet qu'il y a acte faisant cesser l'indivision quand un héritier vend sa part dans les biens à son cohéritier; tandis que, dans le cas de l'article 883, une pareille cession serait considérée, non comme un partage, mais comme une vente. L'extension que l'article 889 donne à l'idée de partage se conçoit; la loi ne veut pas que l'héritier soit lésé; donc dès qu'il est lésé, fût-ce par un acte intervenu seulement entre deux héritiers, il doit avoir le droit d'agir en rescision.

**484**. L'article 888 applique lui-même le principe qu'il pose à la vente, à l'échange et à la transaction qui auraient pour objet de faire cesser l'indivision. Nous reviendrons sur la transaction, qui a donné lieu à de longues controverses. L'article 888 ajoute : *ou de toute autre manière*. Peu importe donc la nature de l'acte et l'effet qu'il produit par lui-même; dès qu'il fait cesser l'indivision, il est rescindable pour cause de lésion. Une renonciation faite à titre onéreux par un héritier fait nécessairement cesser

l'indivision à son égard; donc elle peut être rescindée (1). La licitation entre héritiers est un partage, aux termes de l'article 883; elle est donc rescindable, bien entendu si elle a lieu entre cohéritiers. Si un étranger se porte adjudicataire, il y a vente; les héritiers auront l'action en rescision comme vendeurs; mais il faut, en ce cas, que la lésion soit de plus des sept douzièmes; et de plus l'article 1684 dispose que la rescision n'a pas lieu dans les ventes qui, d'après la loi, ne peuvent être faites que d'autorité de justice. Nous reviendrons sur cette disposition au titre de la *Vente* (2). Il a été jugé qu'un compte de tutelle peut être annulé pour cause de lésion, si ce compte distribue les biens entre les héritiers comme le ferait un partage (3). Nous avons toujours supposé que l'acte intervient entre des héritiers. Il faut prendre cette expression dans son sens le plus large; car il s'agit de l'application d'un principe qui régit tous les partages : l'égalité doit y régner, que les copartageants soient des parents légitimes ou des enfants naturels, qu'ils soient des légataires ou des donataires. Il a été jugé que la cession faite par un enfant naturel à un donataire en usufruit était rescindable pour cause de lésion, puisqu'elle faisait cesser l'indivision à l'égard de l'enfant naturel (4).

Il va sans dire que si un acte que la loi assimile au partage ne fait pas cesser l'indivision, il ne peut être question de l'attaquer pour cause de lésion. Si la vente n'a pas pour objet de faire cesser l'indivision, elle ne pourra pas être rescindée pour lésion de plus du quart; le vendeur pourra, à la vérité, en demander la rescision pour cause de lésion, mais il faudra qu'il soit lésé de plus des sept douzièmes (art. 1674). Il en serait ainsi si la vente intervenait après le partage; dans ce cas, il est certain que la vente ne fait pas cesser l'indivision, puisque celle-ci a déjà cessé (5). Quelquefois il est difficile de distinguer l'acte qui

(1) Comparez les arrêts rapportés pas Dalloz, au mot *Succession*, n° 2297.
(2) Zachariæ, édition d'Aubry et Rau, t. IV, p. 416 et note 19.
(3) Bruxelles, 11 novembre 1868 (*Pasicrisie*, 1869, 2, 197).
(4) Paris 5 juillet 1854 (Dalloz, 1856, 2, 289).
(5) Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, p. 569, n° 808.

équivaut à un partage et l'acte qui est une vente. Le point essentiel est la cessation de l'indivision : l'acte est-il postérieur, c'est une vente : l'acte est-il antérieur, et a-t-il pour objet de faire cesser l'indivision, c'est un acte équivalant à un partage, d'où suit qu'il est rescindable pour cause de lésion. Un père donne ses biens à ses enfants sans les diviser ; il y a partage d'ascendant, d'après la jurisprudence, mais ce partage ne met pas fin à l'indivision, dès lors la vente par l'un des enfants de sa part dans les biens indivis fait cesser l'indivision à son égard, et par suite il y a lieu à la rescision pour cause de lésion (1).

2. APPLICATION DU PRINCIPE A LA TRANSACTION

**485.** Les principes que nous venons d'exposer s'appliquent à la transaction ; cependant les transactions qui interviennent en matière de partage ont donné lieu à de grandes difficultés, et les controverses durent toujours. Dans la première partie de l'article 888, la loi met la transaction sur la même ligne que la vente, l'échange et les autres actes qui ont pour objet de faire cesser l'indivision entre cohéritiers, et, par suite, elle la déclare rescindable pour cause de lésion. Il faut donc appliquer à la transaction ce que nous avons dit des actes qui équivalent au partage, en ce sens qu'ils ont le même objet. C'est une dérogation au droit commun. D'après l'article 2052, les transactions ne peuvent être attaquées pour cause de lésion ; pourquoi sont-elles rescindables lorsqu'elles se font entre cohéritiers, et qu'elles ont pour objet de faire cesser l'indivision ? Il y a même raison de décider pour les transactions que pour les autres actes juridiques. L'échange aussi n'est pas rescindable pour cause de lésion ; en règle générale, aucune convention ne peut être annulée de ce chef ; néanmoins toutes sont sujettes à rescision lorsqu'elles ont pour objet de faire cesser l'indivision entre cohéritiers ; l'égalité qui doit régner entre héritiers le veut ainsi. Qu'importe la nature de l'acte par lequel l'héritier est lésé ? Que

(1) Grenoble, 29 avril 1841 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 2295).

ce soit par une transaction, ou par un échange, ou par un compte de tutelle, dès qu'il reçoit sa part héréditaire et que cette part n'est pas celle qu'il doit légalement avoir, il a le droit d'agir en rescision pour cause de lésion. Il n'y a pas à distinguer en cas de transaction, pas plus que pour tout autre acte, si la transaction est intervenue sur des difficultés véritables qui existaient entre les héritiers, ou si les parties ont faussement qualifié de transaction un acte qui, en réalité, était un partage. C'est cette distinction qui a souvent égaré les tribunaux; on la trouve dans beaucoup d'arrêts, elle doit être écartée. En réalité, peu importe à l'héritier qu'il soit lésé par une transaction véritable ou par une vente ou un échange véritables; dès que la transaction lui fait éprouver une lésion de plus du quart, il doit avoir le droit de l'attaquer; si on le lui refuse, l'égalité est rompue, cet héritier ne recevra pas la part qu'il doit avoir, ce qui est contraire au texte comme à l'esprit de la loi.

Il y a des arrêts qui décident formellement le contraire. La cour de Bruxelles, siégeant comme cour de cassation, a jugé que l'article 888 n'est applicable qu'aux transactions simulées, ayant pour objet d'éluder la disposition de la loi et de déguiser un véritable acte de partage, sous le faux prétexte de difficultés qui diviseraient les héritiers; cet article, dit l'arrêt, ne s'applique pas à une transaction réelle, qui est faite sur des difficultés sérieuses et importantes (1). Nous croyons que la cour a mal jugé. Il s'agissait d'une transaction intervenue sur des objets de la succession, ce sont les termes un peu vagues de l'arrêt; donc sur le partage, et partant la transaction avait pour objet de faire cesser l'indivision, ce qui, d'après les termes formels de l'article 888, la rendait rescindable pour cause de lésion. La cour introduit dans la loi une distinction qui n'y est pas, qui est contraire au texte comme à l'esprit de la loi (n° 481), et qui n'est fondée sur rien, car la cour ne fait qu'affirmer; c'est dire qu'elle décide la question par la question.

(1) Bruxelles, rejet, 7 décembre 1829 (*Pasicrisie*, 1829, p. 316).

Il y a un arrêt dans le même sens de la cour d'Amiens. L'arrêt n'est guère plus motivé que celui de Bruxelles; il invoque l'article 2052, et prétend que l'article 888 n'a dérogé à cette disposition que dans le cas où la transaction n'est pas véritable, où les parties, en déguisant la nature de l'acte et en lui donnant la forme et la couleur d'une transaction, ont voulu le soustraire à l'action en rescision pour cause de lésion; la loi, dit la cour, n'a pas entendu que l'on pût rescinder une transaction intervenue sur une difficulté réelle (1). Au fond, la cour a bien jugé. La question se réduit à savoir si la transaction a ou n'a pas pour objet de faire cesser l'indivision. Or, dans l'espèce, il y avait contestation sur la quotité prétendue par les héritiers; la transaction ne portait que sur cette difficulté, elle n'avait donc pas pour objet de faire cesser l'indivision, partant elle n'équivalait pas à un partage; l'article 888 n'étant pas applicable, on rentrait dans la règle établie par l'article 2052; la transaction ne pouvait être attaquée.

Ce qui trompe les tribunaux, c'est que la transaction se prête plus facilement à la simulation que la vente ou l'échange. Il est si facile de soulever des difficultés imaginaires dans une matière aussi compliquée que les successions, afin d'amener une transaction qui, en réalité, est un partage. Il va sans dire que ces semblants de transactions sont rescindables pour cause de lésion. Il était même inutile de prévoir cette hypothèse, les principes généraux de droit suffisaient pour la décider (n° 481). Mais l'article 888 la comprend dans la généralité de ses termes. Il a été jugé que l'action en rescision pour cause de lésion est admissible contre un acte faussement qualifié de sentence arbitrale, et revêtue, à ce titre, de l'ordonnance d'*exequatar*. Dans l'espèce, un arbitre avait, à la vérité, rendu une sentence, mais la sentence même prouvait qu'il n'y avait pas lieu à arbitrage; elle se borne à constater l'accord de tous les ayants droit; l'arbitre n'avait eu aucune

(1) Amiens, 10 mars 1821 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 2256, 4°). Comparez Massé et Vergé sur Zachariæ, t. II, p. 381, note 12; et Marcadé, t. III, p. 310, n° II de l'article 888.

difficulté à résoudre, il n'avait fait qu'homologuer les conventions des parties; ces conventions n'avaient certes pas perdu leur caractère propre et réel pour avoir été revêtues faussement des formes d'une sentence arbitrale : c'était bien un acte ayant pour objet de faire cesser l'indivision, un véritable partage, donc rescindable (1).

**486.** Le second alinéa de l'article 888 est ainsi conçu : « Après le partage, ou l'acte qui en tient lieu, l'action en rescision n'est plus admissible contre la transaction faite sur les difficultés réelles que présentait le premier acte, même quand il n'y aurait pas eu à ce sujet de procès commencé. » Il était inutile de dire qu'une transaction qui intervient après le partage, et sur l'acte qui a fait cesser l'indivision, n'est pas rescindable pour cause de lésion : c'est une conséquence évidente du principe posé par le premier alinéa de l'article 888. La transaction n'est pas, en règle générale, sujette à rescision pour cause de lésion (art. 2052); elle ne devient rescindable, par exception, que lorsqu'elle a pour objet de faire cesser l'indivision; or, peut-on dire que la transaction a pour objet de faire cesser l'indivision, alors qu'elle intervient après que l'indivision a cessé et sur l'acte même de partage? Mais il pouvait y avoir fraude. Dans le but d'éluder la rescision pour cause de lésion, les héritiers commencent par faire un partage, puis ils suscitent des difficultés afin de revenir sur ce qui a été fait, en remplaçant un partage égal par un partage inégal, auquel ils donnent la couleur d'une transaction, pour le soustraire à la rescision pour cause de lésion. Quel est, dans cette hypothèse, le véritable partage? Ce n'est pas le premier, il n'a été fait que pour avoir un prétexte de transiger; c'est la transaction qui renferme le vrai partage, donc elle doit être sujette à rescision. La loi ajoute : « même quand il n'y aurait pas eu à ce sujet de procès commencé. » Cela était encore inutile à dire; en effet, d'après l'article 2044, la transaction a pour objet non-seulement de terminer une contestation née, mais aussi de

(1) Agen, 12 novembre 1867 (Dalloz, 1868, 5, 309). Comparez rejet, 8 février 1869 (Dalloz, 1870, 1, 12).

prévenir une contestation à naître. Si donc les difficultés sont réelles, la transaction sera inattaquable. Les difficultés sont-elles imaginaires, simulées, la transaction sera sujette à rescision, alors même qu'il y aurait un procès commencé, car le procès peut également être fictif (1).

**487**. Cette seconde disposition de l'article 888 est plus qu'inutile, elle a contribué à induire les tribunaux en erreur, en leur faisant croire que toute transaction est irrévocable dès qu'elle intervient sur des difficultés réelles. S'il en est ainsi des transactions postérieures au partage, s'est-on dit, pourquoi n'en serait-il pas de même des transactions antérieures? Les seules transactions que la loi soumet à la rescision sont donc les transactions simulées. Il nous faut insister sur cette fausse doctrine, parce qu'on la rencontre même dans des arrêts qui, au fond, ont fait une juste application de la loi. Le principe qui doit guider l'interprète ne saurait être contesté; il est écrit dans la loi. En règle générale, la lésion ne vicie pas les conventions (art. 1118); le code maintient ce principe pour les transactions; elles ne peuvent être attaquées pour cause de lésion (art. 2052). Il y a cependant, par exception, des transactions qui sont rescindables de ce chef : ce sont, aux termes de l'article 888, celles qui ont pour objet de faire cesser l'indivision. Cette disposition étant exceptionnelle, il faut la restreindre dans les limites du texte. De là suit que les transactions antérieures au partage ne sont point rescindables pour cause de lésion, lorsque leur objet n'est pas de faire cesser l'indivision; elles restent alors sous l'empire du droit commun, et par suite on ne peut les attaquer pour cause de lésion. La difficulté se réduit donc à des termes très-simples. Il ne s'agit pas de savoir si la transaction est véritable ou simulée; les transactions simulées ne sont pas des transactions, on ne peut donc pas leur appliquer le principe de l'article 2052. Il faut voir ce que l'acte est en réalité; si, comme on le suppose, c'est un partage, l'article 887 est applicable, il y aura lieu

(1) Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, p. 567, nos 806 et 807. Duranton, t. VII, p. 758, nos 577-579. Demolombe, t. XVII, p. 526, nos 434-436.

à rescision. Nous supposons que la transaction soit sérieuse, que les héritiers aient transigé sur des difficultés réelles avant ou pendant les opérations du partage : la transaction sera ou ne sera pas sujette à rescision, d'après le premier alinéa de l'article 888, selon qu'elle aura ou qu'elle n'aura pas eu pour objet de faire cesser l'indivision entre cohéritiers. Quand peut-on dire que la transaction a eu pour objet de faire cesser l'indivision? C'est une question de fait, que les tribunaux décideront d'après les termes de la transaction et d'après ce qui s'est passé entre les parties. Les auteurs établissent comme principe la distinction suivante.

Les héritiers sont d'accord sur leurs droits dans la succession, mais il s'élève entre eux des discussions sur le partage : les uns veulent procéder à l'amiable, les autres demandent un partage judiciaire, ou ils sont en désaccord sur l'estimation des biens et sur la composition des lots. Ils terminent leurs différends par une transaction. Quel en est l'objet? Elle est un élément essentiel du partage et se confond avec lui; car le partage n'est autre chose qu'une convention concernant l'estimation des biens, la formation des lots et leur distribution. Donc on peut dire de cette transaction qu'elle a pour objet de faire cesser l'indivision. Elle sera réelle, véritable, et néanmoins sujette à rescision, d'après les termes formels de l'article 888.

Il s'élève, au contraire, des contestations sur les droits de ceux qui se présentent pour recueillir une hérédité, sur la question de savoir s'ils ont les qualités requises pour succéder, sur la quotité de biens qu'ils réclament, sur la validité de dons ou de legs faits à l'un d'eux, sur la dispense ou l'obligation du rapport. Les héritiers transigent sur ces débats : la transaction sera-t-elle rescindable pour cause de lésion? Non, car on ne peut pas dire qu'elle ait pour objet de faire cesser l'indivision. En effet, la transaction ne porte pas sur le partage, elle porte sur l'application de la loi, elle ne fait que préciser ce que la loi décide quant aux parts des héritiers, quant aux rapports; or, la loi n'équivaut certes pas à un partage; il en est de même de la transaction qui intervient sur le sens de la

loi. L'indivision subsiste, elle va cesser par un partage fait en vertu de la loi, telle que la transaction l'a interprétée. Donc on n'est pas dans le cas de l'exception prévue par l'article 888; partant on reste sous l'empire de la règle établie par l'article 2052 : il n'y aura pas lieu à rescision.

Cette distinction a déjà été proposée par Chabot; mais il y mêle des suppositions de fraude et de simulation qu'il faut écarter. Elle est admise par la plupart des auteurs (1) et consacrée par la jurisprudence; mais les arrêts aussi se préoccupent de la simulation et de la fraude. Il est bon d'entrer dans les détails, afin de dégager l'erreur de la vérité; il ne suffit pas que les décisions soient justes au fond, il faut aussi qu'elles soient bien motivées.

**488.** Il a été jugé par la cour de Pau que le partage effectué par une transaction réelle sur procès est sujet à l'action en rescision, comme le partage opéré par tout autre acte (2). La décision est très-juste au fond, car les difficultés portaient sur l'estimation des biens et la formation des lots. Mais l'arrêt est très-mal motivé; il distingue entre les actes qui n'ont que le nom de transaction et ceux qui contiennent une transaction véritable, distinction fausse en principe et inapplicable à l'espèce, puisque la cour décide que la transaction, fût-elle véritable, est néanmoins sujette à rescision; cette décision est trop absolue, car la transaction n'est plus rescindable quand elle n'a pas pour objet de faire cesser l'indivision.

La cour de cassation a décidé que tout premier acte intervenu entre les héritiers, et ayant pour objet de régler leurs droits respectifs dans la succession, est rescindable pour lésion, bien que ce soit une véritable transaction, faite pour mettre fin à des difficultés graves et sérieuses (3). Ainsi la cour rejette la distinction entre les transactions simulées et les transactions réelles; c'est le vrai principe,

(1) Chabot, t. II, p. 688, n° 4 de l'article 888. Zachariæ, édition d'Aubry et Rau, t. IV, p. 415, note 17. Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, p. 568, n° 806. Demolombe, t. XVII, p. 532, n°s 439 et 440.

(2) Pau, 12 janvier 1826 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 2257, 1°). Comparez Toulouse, 22 mars 1808 (Dalloz, *ibid.*, n° 2256, 5°).

(3) Cassation, 12 août 1829 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 2325).

mais les termes de l'arrêt sont trop généraux, ils comprendraient même le cas où la transaction n'aurait pas pour objet de faire cesser l'indivision. En réalité, le but de la transaction, dans l'espèce, était de faire cesser l'indivision, puisque les contestations portaient sur l'estimation des biens et la formation des lots.

Une transaction fixe la quotité de la masse mobilière, puis les héritiers procèdent, par le même acte, au partage du reste des biens. Ici l'on peut dire que la transaction se confond avec le partage, les deux actes n'en faisant qu'un. Le cas s'est présenté dans une espèce où l'on imputait à plusieurs des cohéritiers, des faits de fraude et de dol; n'en résultait-il pas que la transaction était frauduleuse? Malgré la fraude, il restait vrai de dire que la transaction était un partage; donc elle était sujette à rescision. La cour de cassation maintint cependant l'arrêt qui avait rejeté la rescision. Il nous semble que l'erreur est évidente; la décision n'a, du reste, aucune valeur doctrinale, puisque la cour de cassation se retranche derrière l'appréciation faite par la cour d'appel, laquelle est à l'abri de la censure de la cour suprême (1). Il a été jugé, par application des vrais principes, qu'il y a lieu à rescision quand la transaction opère elle-même partage; un pareil acte rentre dans les termes mêmes de l'article 888, puisque c'est lui qui fait cesser l'indivision (2).

**489**. Par contre, il a été décidé qu'un traité intervenu avant le partage, sur des difficultés véritables, mais ne se confondant pas avec le partage, ne peut être attaqué pour cause de lésion (3). La décision est très-juste puisque, dans l'espèce, la transaction n'avait pas pour objet de faire cesser l'indivision. Mais l'arrêt a tort d'insister sur le *caractère sérieux* des difficultés qui s'étaient élevées entre héritiers; on en pourrait induire que la transaction n'est pas rescindable dès qu'elle est sérieuse; or, la cour de cassation elle-même a jugé le contraire. Dans l'espèce, il

(1) Rejet, 6 décembre 1809 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 2260).
(2) Nancy, 12 août 18 6 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 2260). Rejet, 16 février 1842 (Dalloz, *ibid.*, n° 2264).
(3) Rejet, 7 février 1809 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 2256, 1°).

s'agissait de fixer les droits des prétendants qui étaient très-litigieux ; c'était donc une contestation qui laissait la succession indivise ; par suite, il n'y avait pas lieu d'appliquer l'article 888.

Dans un autre procès, la cour de cassation a décidé nettement que la transaction n'était pas rescindable parce qu'elle n'avait pas pour objet ni pour effet de faire cesser l'indivision ; l'arrêt ajoute que le but de la transaction était de conserver à la famille l'état de paix et d'union dans lequel elle avait vécu jusqu'alors (1). Ceci est de trop : la paix est l'objet de toute transaction, mais toute transaction n'est pas à l'abri de la rescision ; le droit de l'héritier à un partage égal l'emporte sur ces considérations, quelque puissantes qu'elles soient.

**420.** Il se présente une difficulté singulière dans l'application du principe. La transaction et le partage sont compris dans un seul et même acte. En faut-il conclure que la transaction se confond alors nécessairement avec le partage? ce qui conduirait à la conséquence qu'elle serait toujours rescindable. Non, peu importe que le même écrit constate deux conventions, elles n'en conservent pas moins leur nature propre et indépendante, à moins que les clauses des deux contrats ne prouvent qu'ils forment un tout. Il a été jugé en ce sens que si, dans un même acte, les héritiers transigent sur la validité de donations faites à l'un d'eux, et règlent ensuite leurs droits dans la succession, l'action en rescision n'est pas admissible contre la partie de l'acte qui renferme la transaction (2). En effet, cette transaction n'avait pas pour objet de faire cesser l'indivision ; elle était donc indépendante du partage : qu'importe qu'elle fût constatée par un seul et même acte? Seulement la cour a tort d'insister sur ce que la transaction est véritable ; si elle n'était pas rescindable, ce n'est pas parce qu'elle était réelle, c'est parce qu'elle n'avait pas pour objet de faire cesser l'indivision. Lorsque la transaction, au contraire, se lie au partage, de sorte qu'elle en

(1) Rejet, 3 décembre 1833 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 2256, 2°).
(2) Nîmes, 30 juin 1819 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 2256, 3°).

est une des clauses, elle participe de la nature du partage, et, par conséquent, elle est sujette à rescision, comme formant l'accessoire d'un acte rescindable (1).

Ces principes recevraient une exception, par la force des choses, s'il était impossible de scinder la transaction et le partage. On suppose que la transaction a pour objet de fixer la part de l'un des héritiers; par elle-même, cette transaction ne serait pas rescindable; mais si elle est inséparable du partage qui en est la conséquence, elle prend la nature du partage, en ce sens qu'indirectement elle tend à faire cesser l'indivision. Tel serait le cas où, par transaction, les droits de l'un des copartageants avaient été fixés à forfait à une certaine somme; il aurait l'action en rescision (2). Il pourrait aussi y avoir confusion quant aux droits qui font l'objet de la transaction; si parmi ces droits il y en a qui sont étrangers au partage, mais que la transaction soit indivisible, elle sera à l'abri de l'action en rescision, parce qu'on ne peut pas dire qu'elle a pour objet de faire cesser l'indivision (3).

3. EXCEPTION DE L'ARTICLE 889.

**491.** « L'action (en rescision pour cause de lésion) n'est pas admise contre une vente de droit successif faite sans fraude à l'un des cohéritiers, à ses risques et périls, par ses autres cohéritiers ou par l'un d'eux » (art. 889). Cette disposition consacre une exception à la règle d'après laquelle la rescision est admise contre tout acte qui fait cesser l'indivision (art. 888). Il est certain que la vente de droits successifs tient lieu de partage, au moins à l'égard du vendeur; donc en vertu de la règle, il devrait avoir l'action en rescision lorsqu'il est lésé de plus du quart. Pourquoi la loi ne lui permet-elle pas d'agir? On a cru qu'il y a contradiction entre l'article 889 et l'article 888. Il faut dire que celui-ci pose la règle et que l'autre établit une

(1) Caen, 3 mars 1855 (Dalloz, 1856, 2, 91).
(2) Aubry et Rau sur Zachariæ, t. IV, p. 415, note 17, suivi par Demolombe, t. XVII, p. 537 B, n° 440.
(3) Rejet, 15 juin 1809 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 2261).

exception; or, l'exception n'est pas une contradiction. Reste à savoir si l'exception est suffisamment justifiée. Dans l'ancien droit, la question était controversée; ce qui prouve qu'il y a quelque doute. La raison de douter est dans l'égalité qui est de l'essence du partage et de tout acte qui en tient lieu. On répond que si l'égalité doit régner entre cohéritiers, c'est que le partage n'est qu'une simple liquidation de droits préexistants; toute spéculation est étrangère aux parties contractantes. On n'en peut dire autant de la vente de droits successifs faite aux risques et périls de l'acheteur; ce contrat est aléatoire, il présente des chances de gain et de perte, par conséquent il ne peut plus être question d'égalité dans les résultats : c'est la vente du coup de filet. Dans ces conventions, ce n'est pas la chose qui fait l'objet du contrat, c'est la chance; la seule égalité qui y doive régner, c'est que les chances soient égales pour chacun des contractants. La loi veille à ce que cette égalité soit respectée, puisqu'elle exige que la vente se fasse sans fraude (1).

On voit maintenant la différence qui existe entre la règle de l'article 888 et l'exception de l'article 889. La vente est comprise parmi les actes qui, aux termes de l'article 888, font cesser l'indivision, et par suite donnent lieu à l'action en rescision. Telle est la vente de tout ou partie des biens héréditaires : c'est une vente ordinaire, qui n'impose pas à l'acheteur l'obligation de payer les dettes, et qui, d'un autre côté, oblige le vendeur à la garantie. Au contraire, la vente de droits successifs est une cession du passif et de l'actif héréditaires; le vendeur ne garantit que sa qualité d'héritier, et l'acheteur doit payer les dettes et charges de l'hérédité (art. 1696 et 1698). De là le caractère aléatoire de ce contrat; s'il y a plus de dettes que d'avoir, l'acheteur est en perte, et le vendeur fait un bon marché; mais la chance peut aussi tourner contre le vendeur et profiter à l'acheteur. Cela est décisif pour l'action en rescision : il ne peut pas être question de lésion dans un contrat aléatoire, pourvu qu'il soit fait sans fraude,

(1) Rapport de Chabot, n° 62 (Locré, t. V, p. 127). Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, p. 570, n$^{os}$ 809 et 810.

comme l'article 889 l'exige. L'exception se justifie donc par la nature même du contrat (1).

**492**. Toute exception doit être restreinte dans les limites que la loi a établies. Il faut donc voir quelles sont les conditions requises pour qu'il y ait lieu à l'exception prévue par l'article 889. D'abord la vente doit avoir pour objet les droits successifs du vendeur. La loi n'exige pas que la vente porte sur toute l'hérédité; il y aurait vente de droit successif alors même que l'héritier ne vendrait qu'une partie de son droit héréditaire; cela ne fait aucun doute, car les motifs de l'exception existent pour une vente partielle aussi bien que pour une vente totale. Il arrive assez souvent que le vendeur se réserve certains objets, ou qu'il se fasse un partage partiel en nature, et que la vente n'ait pour objet que les biens qui restent indivis. Est-ce une vente de droits successifs? L'affirmative n'est pas douteuse; dès que la vente présente les caractères définis par les articles 1696-1698, c'est une vente de droits successifs. Il y a quelques dissentiments dans la doctrine, sur lesquels il est inutile de s'arrêter. La jurisprudence est constante. Il a été jugé que l'article 889 est applicable alors même que l'acte de vente de droits successifs contient aussi un partage en nature, entre les mêmes parties, du mobilier de la succession. Dans l'espèce, la vente portait sur les immeubles, considérés non comme objets déterminés, mais comme universalité, de sorte que l'acheteur achetait l'hérédité moins le mobilier; il était tenu des dettes et charges, sans avoir droit à aucune garantie. L'acte rentrait donc dans les termes et dans l'esprit de l'article 889 (2).

**493**. L'article 889 exige que la vente soit faite aux risques et périls de l'acheteur. C'est la condition essentielle, puisque de là dépend le caractère aléatoire du contrat qui a motivé l'exception de l'article 889. Quand peut-on dire que la vente soit faite aux risques et périls du cession-

(1) Duranton, t. VII, p. 751, nos 568-571. Mourlon, *Répétitions*, t. II, p. 215.

(2) Bordeaux, 26 février 1851 (Dalloz, 1852. 2. 42). Dans le même sens, Pau, 30 janvier 1852 (Dalloz, 18 3, 2, 57) et rejet, 11 mars 1856 (Dalloz, 1856, 1, 147). Comparez les auteurs cités par Demolombe, t. XVII, p. 542, no 446.

naire? Le code répond à la question. Aux termes de l'article 1696, celui qui vend une hérédité, sans en spécifier en détail les objets, n'est tenu de garantir que sa qualité d'héritier; il ne garantit pas l'actif héréditaire. Quant au passif, l'article 1698 le met à la charge de l'acquéreur; il risque donc de payer plus de dettes qu'il n'y a de biens dans l'hérédité, sans qu'il ait aucun recours de ce chef. Voilà une chance de perte; la chance sera en sa faveur s'il y a plus de biens que de dettes, et si l'excédant de l'actif est supérieur au prix qu'il paye (1).

Faut-il que l'acte déclare que la vente est faite aux risques et périls de l'acheteur? Il a été jugé que l'article 889 exige une *stipulation* portant que la vente est faite aux risques et périls de l'acheteur, et la clause *formelle* et aléatoire de payer toutes les dettes (2). L'article 889 ne dit pas cela, il se contente du fait que la vente ait lieu aux risques et périls de l'acheteur; or, cela est de droit dans la vente de droits successifs, il faudrait une stipulation contraire pour que le vendeur fût tenu de la garantie et pour que l'acheteur ne fût pas tenu des dettes (art. 1696 et 1698). Tout dépend donc de l'intention des parties contractantes : ont-elles entendu vendre et acheter une hérédité, c'est-à-dire une universalité, il y a vente de droits successifs, faite aux risques et périls de l'acheteur; à moins qu'il n'y ait une clause qui oblige le vendeur à garantir, ou qui décharge l'acheteur de l'obligation illimitée de supporter les dettes et charges de la succession. La question est donc de fait plutôt que de droit, puisqu'il s'agit de savoir ce que les parties ont voulu faire. C'est en ce sens que la cour de cassation décide qu'il appartient aux cours d'appel de déterminer le caractère de la vente; dans l'espèce, la cour de Limoges avait jugé que la vente de l'hérédité était un vrai partage; les parties ayant apprécié et fait apprécier par des experts le montant de l'hérédité, tout était connu, certain, on ne vendait pas une chance, on vendait des biens, donc on n'était pas dans l'exception de l'article 889,

(1) Zachariæ, édition d'Aubry et Rau, t. IV, p. 413, note 14, suivi par Demolombe, t. XVII, p. 542, n° 447.
(2) Bordeaux, 26 février 1851 (Dalloz, 1852, 2, 42).

on rentrait dans la règle de l'article 888, et partant l'acte était rescindable pour cause de lésion (1). La vente de l'hérédité cesse encore d'être un contrat aléatoire quand le vendeur s'oblige à la garantie des dettes et charges. Cela a été jugé ainsi, et cela ne fait aucun doute (2). Par contre, il y aurait contrat aléatoire si la cession était faite à forfait, avec la déclaration que le cédant ne peut être recherché sous quelque prétexte que ce soit, alors même que l'actif et le passif de la succession, au moment du transport, seraient parfaitement connus des parties; en effet, il pourrait se révéler des dettes inconnues lors du contrat. La cour de cassation l'a jugé ainsi. Il faut cependant noter que, dans l'espèce, il y avait une autre clause qui rendait le contrat aléatoire, c'est que les droits cédés étaient grevés d'un usufruit dont la durée incertaine donnait lieu à une chance de gain et de perte (3). Sans cette clause, la décision de la cour serait douteuse; il n'y a plus de chances quand l'actif et le passif sont établis; la seule possibilité de dettes inconnues ne suffirait pas pour rendre le contrat aléatoire.

D'après ce que nous venons de dire, il n'est pas nécessaire que l'acte contienne la clause que la vente est faite aux risques et périls du cessionnaire. Il n'est pas même besoin d'une clause formelle; il suffit, dit la cour de cassation, que la volonté des parties résulte évidemment de l'acte, quels que soient les termes employés pour l'exprimer. Cela est certain quand leur intention se manifeste par les clauses de la cession (4). Faut-il même qu'il y ait une clause dans l'acte? La loi ne l'exige pas; aussi a-t-il été jugé que la preuve du caractère aléatoire résultait suffisamment de la correspondance des parties avant et après la cession (5). On a même soutenu qu'aucune déclaration n'est nécessaire, qu'il suffit qu'il y ait vente de l'hé-

(1) Rejet, 8 février 1841 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 2278, 2°).
(2) Limoges, 19 novembre 1819 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 2278, 1°).
(3) Rejet, 30 janvier 1866 (Dalloz, 1866, 1, 172).
(4) Rejet, 3 juin 1840 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 2279, 1°).
(5) Rejet, 11 mars 1856 (Dalloz, 1856, 1, 147). Comparez Rejet, 11 février 1835 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 2283, 4°) et du 7 décembre 1847 (Dalloz, 1848, 4, 420).

rédité. Cependant c'est avec raison que l'article 889 ajoute que la vente doit être faite aux risques et périls de l'acheteur. En effet, il y a toujours une question de fait à examiner. Il peut y avoir vente de l'hérédité sans qu'il y ait aucun risque pour l'acheteur; il y a alors partage plutôt que vente; l'essentiel est de savoir si le passif est connu des parties. Voilà le point de fait, qui est abandonné à l'appréciation du juge (1).

Suffit-il que l'acte porte que la vente est faite aux risques et périls de l'acheteur ou à forfait, ou qu'il y ait une clause analogue? Ces clauses ne sont pas décisives; il arrive très-souvent qu'elles sont insérées dans les actes pour les soustraire à l'action en rescision. Le juge doit donc toujours apprécier les faits et les circonstances de la cause. Il a été décidé par de nombreux arrêts que, malgré cette clause, l'acte est rescindable pour cause de lésion, si le cessionnaire n'avait aucun risque à courir (2). D'ordinaire, il y a mauvaise foi lorsqu'on stipule que l'acheteur prend sur lui les risques, alors qu'il n'y a point de risques. Il y a des arrêts qui constatent la mauvaise foi (3); quand même il y aurait bonne foi, l'acte n'en serait pas moins rescindable, car l'article 889 exige deux conditions pour que la cession ne soit pas sujette à rescision : il faut qu'elle soit faite aux risques et périls de l'acheteur, et il faut qu'il n'y ait aucune fraude. Donc, abstraction faite de toute fraude, dès que l'acte n'a rien d'aléatoire, il cesse d'être régi par l'article 889, et il devient rescindable d'après la règle de l'article 888 (4).

**494.** La dernière condition requise par l'article 889 est que la vente ait eu lieu sans fraude. Qu'entend-on par

(1) Nîmes, 15 janvier 1839 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 2284, 5°); Lyon, 3 décembre 1828 (Dalloz, *ibid.*, n° 2281). Comparez les arrêts cités par Dalloz au n° 2283. Il faut ajouter Douai, 16 novembre 1853 et Nîmes, 2 janvier 1855 (Dalloz, 1855, 2, 89 et 170).

(2) Rejet, 29 juillet 1839 et 20 mars 1844 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 2284, 1° et 4°).

(3) Rejet, 21 mars 1870 (Dalloz, 1870, 1, 330); Chambéry, 16 août 1869 (Dalloz, 1870, 2, 83).

(4) C'est ce que supposent la plupart des arrêts. Nous citons les derniers : Rejet, 29 juin 1847 (Dalloz, 1848, 1, 470) et 16 juillet 1856 (Dalloz, 1857, 1, 283). Agen, 10 janvier 1851 (Dalloz, 1851, 2, 53).

fraude en cette matière? Il y a d'abord une fraude spéciale à la vente de droits successifs, en ce sens qu'elle a pour objet de faire passer pour aléatoire un contrat qui ne l'est point; cela arrive quand le vendeur ignore la valeur des droits cédés, ainsi que le montant des dettes et charges, tandis que l'acheteur les connaît; le contrat n'a plus rien d'aléatoire dans ce cas, alors même que l'acte porterait que la cession est faite aux risques et périls du cessionnaire (1). En stipulant que la vente est aléatoire quand, en réalité, elle ne l'est pas, on fait fraude à la loi tout ensemble et au vendeur : à la loi, puisqu'on veut soustraire à la rescision un acte que la loi y soumet : au vendeur, puisqu'on veut l'empêcher de demander la rescision d'un contrat, bien qu'il en ait le droit d'après la nature de l'acte. Il pourrait encore y avoir fraude dans un autre sens et avec un autre effet. L'un des héritiers sait quel est l'état de la succession, il est sur les lieux, tandis que son cohéritier est absent et ignore l'actif aussi bien que le passif : le premier emploie des manœuvres frauduleuses pour engager l'autre à lui céder ses droits héréditaires; c'est un dol dans le sens ordinaire du mot, puisque l'on suppose que l'autre héritier n'aurait pas contracté sans les manœuvres que l'on a employées pour le tromper (art. 1116). Or, le dol vicie le partage, abstraction faite de toute lésion (n° 469); de là suit que le cessionnaire pourra demander la nullité du partage, en se fondant sur le dol et sans qu'il ait à prouver une lésion quelconque (2). Enfin, il y a une troisième espèce de fraude possible : si la cession porte sur tous les immeubles de l'hérédité et qu'il y ait des dettes, ce sera un acte équivalant au partage, et par conséquent rescindable pour lésion de plus du quart. Afin d'échapper à la rescision, les parties contractantes font un acte de vente et ne mentionnent pas les dettes; c'est faire fraude à la loi. Le vendeur pourrait, à la vérité, agir en rescision s'il était lésé, mais il devrait établir la lésion énorme de sept douzièmes, tandis que pour la rescision

(1) Pau, 8 août 1837 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 2277, 2°). Douai, 16 novembre 1853 (Dalloz, 1855, 2, 89).
(2) Demolombe, t. XVII, p. 545, n° 450.

du partage, il suffit de la lésion du quart; de plus, l'action dure dix ans en cas de partage (art. 1304) et deux ans seulement en cas de vente. Il va sans dire que l'acheteur sera admis à prouver que l'acte est frauduleux et qu'il cache un partage déguisé sous forme de vente (1).

### N° 5. DE L'ACTION EN NULLITÉ OU EN RESCISION.

#### I *Principes généraux.*

**495.** Au titre des *Obligations*, il y a une section intitulée : *De l'action en nullité ou en rescision des conventions*. C'est là qu'est le siége de la matière difficile des nullités. Les principes que nous y exposerons s'appliquent au partage, puisque le partage est une convention. Nous nous bornons ici à quelques questions qui concernent spécialement le partage.

Qui peut intenter l'action en nullité ou en rescision? C'est une action qui naît d'un contrat, elle ne peut donc être intentée que par l'une des parties contractantes contre l'autre. Il en serait ainsi alors même que les biens qui ont fait l'objet du partage se trouveraient dans les mains d'un tiers acquéreur; la demande en nullité ne pourrait pas être formée contre le tiers, puisqu'il n'a pas été partie au contrat; il faudrait donc agir d'abord contre le copartageant, sauf à revendiquer ensuite les biens contre le possesseur. Cela suppose que l'effet de l'annulation entraîne la nullité des actes de disposition faits par les copartageants : nous examinerons cette question plus loin.

Toute action appartenant au débiteur peut être exercée par ses créanciers, sauf celles qui sont exclusivement attachées à sa personne (art. 1166). Les créanciers peuvent donc agir au nom de l'héritier, leur débiteur. Cela ne fait pas de doute quand il s'agit des actions en nullité proprement dites. On a prétendu que le droit de demander la rescision est exclusivement attaché à la personne; cette

(1) Duranton, t. VII, p. 753, n^os 572-575. Chabot, t. II, p. 693, n° 2 de l'article 889. Zachariæ, t. IV, p. 413, note 15.

prétention, sans fondement aucun, a été repoussée par la cour de Nîmes (1). Le droit d'agir en rescision pour cause de lésion est un droit essentiellement pécuniaire; l'action est fondée sur un préjudice que le demandeur a éprouvé, elle tend à réparer ce préjudice, elle tombe même du moment où le défendeur fournit au demandeur le supplément de sa part héréditaire (art. 891). Or, les droits exclusivement pécuniaires ne sont jamais attachés à la personne. Cela est décisif.

**496.** Le demandeur peut être repoussé par une fin de non-recevoir, celle de l'exception de garantie. Si celui qui demande la nullité, comme héritier de celui qui y a droit, est tenu lui-même de la garantie, il ne peut pas intenter l'action, car, obligé de maintenir l'acte, il ne peut pas en poursuivre l'annulation. C'est ce que la cour de cassation a décidé dans une espèce où l'on faisait une objection très-subtile. L'un des copartageants succède à un cohéritier à l'égard duquel le partage est nul : c'était un interdit, et il n'avait pas été représenté au partage par son tuteur. Il fut jugé que le demandeur était non recevable, parce qu'il devait la garantie ; or, celui qui doit garantir ne peut pas évincer. Le principe est incontestable, mais la conséquence qui en résulte était inadmissible, disait-on. En effet, l'obligation de garantie que contractait le copartageant l'empêchait d'exercer le droit qui s'ouvrait à son profit dans une succession future : n'était-ce pas là un pacte successoire, et un pareil pacte n'est-il pas radicalement nul? La cour de cassation répond, et la réponse est péremptoire, qu'il n'y avait, dans l'espèce, aucune convention sur une succession future, mais un partage sur une succession ouverte; que si la garantie à laquelle les copartageants sont tenus les empêchait d'exercer un droit dans une succession future, c'était là une conséquence des principes généraux de droit et non d'un pacte successoire (2).

L'obligation de garantie soulève encore une autre diffi-

(1) Nîmes, 5 juillet 1848 (Dalloz, 1848, 2, 147).
(2) Cassation, 13 février 1860 (Dalloz, 1860, 1, 131).

culté. Peut-on s'en prévaloir contre l'héritier qui a vendu ses droits successifs dans une hérédité? Voici l'espèce dans laquelle la cour de cassation a été appelée à décider la question. Un père cède, tant en son nom qu'au nom de ses enfants mineurs, dont il est tuteur, leurs droits dans la succession de leur grand-père et de leur grand'mère. Après la mort du père, les enfants acceptèrent purement et simplement sa succession. Pouvaient-ils encore demander la nullité de la cession? La cour d'appel repoussa leur action par l'exception de garantie. Sur le pourvoi, il fut jugé que le défunt lui-même aurait pu demander la nullité de la cession sans qu'on pût lui opposer qu'étant tenu à garantie, il ne pouvait évincer, par la raison que la vente de droit successif n'oblige pas le cédant à la garantie. Ainsi la cour ne conteste pas le principe, mais, dans l'espèce, il n'était pas applicable. Il allait sans dire que le père ayant le droit d'agir, ses enfants l'avaient également (1).

**497.** Contre qui l'action en nullité doit-elle être intentée? Elle résulte du partage, et elle a pour but de l'anéantir, ce qui conduit à rétablir l'indivision et à procéder à un nouveau partage. Il suit de là que l'action doit être intentée contre tous les copartageants ; car si tous n'étaient pas mis en cause, le jugement n'aurait aucun effet à l'égard de ceux qui n'auraient pas figuré au procès, et par suite le but de l'action ne serait pas atteint. Cela a été jugé ainsi en matière de lésion, et la décision s'applique, par identité de motifs, à toutes les autres causes de nullité (2). La cour a déclaré l'action non recevable parce qu'elle n'avait pas été intentée contre tous les copartageants. Il y avait un motif de douter, c'est que l'héritier contre lequel la demande était formée avait seul profité de la lésion; mais cela n'empêche pas que le partage ne doive être annulé à l'égard de tous; il faut donc que tous soient mis en cause.

En faut-il conclure que l'action en nullité est indivisible? Nous avons dit en quel sens l'action en partage est indivisible (n° 258). Si l'action en nullité tend à l'annulation

(1) Cassation, 28 juin 1859 (Dalloz, 1859, 1, 299).
(2) Nîmes, 5 juillet 1848 (Dalloz, 1848, 2, 147). Comparez Duranton, t. VII, p. 764, n° 584.

de tout le partage, elle est aussi indivisible, comme nous venons de le dire, puisqu'elle doit être intentée contre tous les copartageants; l'action en nullité implique dans ce cas une demande tendant à un nouveau partage; les deux actions se confondant, l'une participe nécessairement de la nature de l'autre. Mais l'action dirigée contre un partage n'est pas indivisible de son essence; elle a pour objet des biens, qui sont chose divisible; si l'objet de l'action peut se diviser, rien n'empêche l'un des copartageants d'agir, quoique les autres n'agissent point. Dans un procès qui a été porté devant la cour de cassation, l'un des copartageants interjeta appel, à sa majorité, du jugement qui avait homologué un partage fait pendant sa minorité; l'action était, en apparence, une demande en nullité; en réalité, elle n'avait qu'un seul objet, c'était d'obtenir de l'un des cohéritiers le rapport d'un fonds de commerce que celui-ci s'était approprié sans droit; or, cette demande était divisible, rien ne s'opposant à ce que les autres copartageants maintinssent le partage et à ce que le rapport se fît partiellement. L'action étant divisible, la cour refusa d'appliquer le principe que l'appel interjeté utilement par l'un des intéressés profite aux autres et les autorise à intervenir, nonobstant la déchéance qu'ils auraient encourue du droit d'appeler (1). La cour de cassation a porté une décision analogue dans un procès où l'un des copartageants, mineur lors de la cession d'un immeuble indivis, demandait la nullité de l'acte pour cause de minorité et de lésion. En matière divisible, le mineur ne relève pas le majeur; or, dans l'espèce, la convention, obligatoire pour les majeurs, pouvait être rescindée partiellement en faveur du mineur. Les copartageants majeurs n'avaient donc pas le droit de se prévaloir de la minorité de leur cohéritier (2).

**498.** L'article 1304, dérogeant à l'article 2262, limite à dix ans la durée des actions en nullité et en rescision. C'est une disposition générale. « Dans tous les cas, dit

(1) Rejet, 10 avril 1866 (Dalloz, 1866, 1, 277).
(2) Cassation, 16 février 1814 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 2350).

la loi, où l'action en nullité ou en rescision d'une *convention* n'est pas limitée à un moindre temps par une loi particulière, cette action dure dix ans. » Or, le partage est une convention, et il n'existe pas de loi qui déroge à l'article 1304. Il y a, sous ce rapport, une différence entre l'action en rescision de la vente et l'action en rescision du partage; la première doit être intentée dans les deux années, à compter du jour de la vente (art. 1676). Nous dirons, au titre de la *Vente*, les mauvaises raisons que l'on a données pour justifier cette dérogation; le vrai motif est que la rescision de la vente pour cause de lésion n'a été admise que par voie de transaction; les partisans de la rescision ont fait, dans toutes les dispositions de détail, des concessions à ceux qui ne voulaient pas de la rescision. Il faut donc se garder d'appliquer au partage ce que le code dit de la vente; l'argumentation par voie d'analogie n'est admissible que lorsque les dispositions du titre de la *Vente* sont l'application des principes généraux de droit.

A notre avis, il faut appliquer cette règle d'interprétation à la question de savoir si la prescription commence à courir à partir du partage. Les auteurs s'accordent à enseigner l'affirmative (1). Ils invoquent l'article 1676 par analogie. Nous repoussons l'application analogique de cette disposition parce qu'elle déroge aux principes généraux. La prescription de dix ans est une confirmation tacite; nous établirons ce principe au titre des *Obligations*; il est du reste admis par les auteurs mêmes qui soutiennent que ce délai court à partir du partage. Or, la confirmation suppose la connaissance du vice que l'on veut effacer en renonçant au droit qui en résulte de demander la nullité; dire que la prescription court à partir du jour du partage, c'est donc supposer que le copartageant lésé a connu la lésion au moment même où il a contracté. Cette supposition n'est guère probable. Admettons qu'il ait consenti au partage, sachant qu'il était lésé. Cela prouverait qu'il était

(1) Aubry et Rau sur Zachariæ, t. IV, p. 423, note 34. Demante, t. III, p. 385, nº 238 *bis*. Demolombe, t. XVII, p. 567, nº 477.

dans un besoin pressant, et qu'il a traité à des conditions désavantageuses pour se créer des ressources. C'est une nouvelle raison pour ne pas admettre la confirmation; car la même cause qui vicie le partage vicierait la confirmation. Sans doute, on peut dire de la vente tout ce que nous disons du partage, et néanmoins la loi fait courir la prescription à partir du jour de la vente. Notre réponse est toujours la même : cela prouve que l'article 1676 n'est pas une disposition de principe, donc on ne peut l'appliquer par voie d'analogie. Nous concluons qu'il ne peut y avoir de confirmation que du jour où la lésion a été découverte; de ce jour aussi la prescription commence à courir. Sans doute il est difficile de préciser ce moment; mais la chose est-elle plus facile quand il s'agit de l'erreur et du dol? La difficulté d'application n'est jamais une objection contre un principe de droit.

Il arrive souvent que des mineurs sont parties dans un partage. La prescription ne court pas contre les mineurs (art. 2252), sauf dans les cas prévus par la loi. On a prétendu que le délai de dix ans établi par l'article 1304 n'est pas une prescription, et que, par suite, il n'y a pas lieu d'appliquer les règles sur la suspension de la prescription. La question étant générale, nous en renvoyons l'examen au titre des *Obligations*. A notre avis, elle n'est pas douteuse; le délai de dix ans est une prescription, et il faut y appliquer le principe de l'article 2252 (1).

### II. *Estimation de la lésion.*

**499.** L'article 890 porte : « Pour juger s'il y a eu lésion, on estime les objets suivant leur valeur à l'époque du partage. » Ainsi on tient compte de la *valeur* réelle des objets, et non de l'estimation qui leur a été donnée dans l'acte de partage. L'estimation, quelque exagérée qu'on la suppose, ne prouve pas qu'il y ait lésion; car la même exagération peut se rencontrer dans l'estimation de tous

(1) Zachariæ, t. IV, p. 423 et note 35. Demolombe, t. XVII, p. 570, n° 478.

les lots. Il faut donc que le demandeur établisse que, eu égard à la valeur réelle des objets héréditaires, il est lésé de plus du quart (1).

On estime la valeur à l'époque du partage, sans tenir compte de l'augmentation ou de la diminution de valeur que les biens ont éprouvée depuis le partage. Il se peut donc qu'il y ait rescision pour cause de lésion, quoique l'héritier ait plus que la valeur de sa part héréditaire, à raison de la plus-value accidentelle résultant de travaux publics, d'une route, d'un canal, d'un chemin de fer; comme il se peut que l'héritier ne puisse pas demander la rescision, quoiqu'il ait beaucoup moins que la valeur de sa part héréditaire, s'il y a eu une dépréciation dans les biens par suite de guerres, de révolutions, de crises industrielles. C'est lors du partage que l'égalité doit régner; c'est donc lors du partage que l'on doit estimer les biens héréditaires; en comparant la valeur des biens mis au lot du demandeur en rescision avec la valeur totale des biens, on verra s'il est lésé de plus du quart (2).

**500**. S'il y a eu plusieurs partages partiels, il faut les réunir, comme nous l'avons dit plus haut (n° 482). Que doit-on décider s'il y a eu un partage partiel et que les copartageants sont restés dans l'indivision quant à l'excédant des biens? Si l'un des héritiers est lésé par ce partage partiel, pourra-t-il agir en rescision? L'affirmative n'est pas douteuse, et on ne tiendra compte, dans ce cas, que des biens partagés. Quant aux biens indivis, on ne peut les faire entrer dans l'estimation, puisque les droits de tous les héritiers restent entiers en ce qui concerne ces biens; il n'y a donc que le partage partiel à considérer. Ce sera aux héritiers à veiller à ce qu'il y ait égalité dans la distribution des biens restés indivis. Le demandeur ne peut pas prétendre qu'il est lésé à raison de biens qui n'ont pas encore été partagés, et de leur côté les défendeurs ne peuvent pas lui opposer qu'il sera indemnisé par le nouveau

(1) Demante, t. III, p. 373, n° 231 *bis* III, suivi par Demolombe, t. XVII, p. 508, n° 418.
(2) Chabot, t. II, p. 694, n° 1 de l'article 890.

partage, car ce partage devra être fait d'après les règles de l'égalité (1).

**501.** Il a été jugé que l'on doit comprendre dans la masse des biens sur lesquels on calcule la lésion, les biens qui ont été rapportés fictivement, tels que les dots que le père a données à chacun de ses enfants. La décision est très-juridique. En effet, les biens rapportables font partie de la masse qui doit être partagée; peu importe comment se fait le rapport, que ce soit en réalité ou fictivement. Dans le même procès, il y avait eu des biens omis; la cour de Paris a décidé qu'ils feraient l'objet d'un partage supplémentaire; n'ayant pas été compris dans le partage, ils étaient restés indivis, et par suite il ne pouvait y avoir de ce chef une inégalité quelconque (2).

**502.** Comment se fait l'estimation des biens? Au titre de la *Vente*, il y a plusieurs dispositions concernant la preuve de la lésion : elle ne peut être admise que par jugement, et dans le cas seulement où les faits articulés seraient assez graves et assez vraisemblables pour faire présumer la lésion. Lorsque le jugement a admis la preuve, elle ne peut se faire que par un rapport de trois experts. On demande si les articles 1677 et 1678 sont applicables en matière de partage. Non, et sans doute aucun (3). Il suffit de lire les articles 1677 et 1678 pour se convaincre qu'ils ont pour but d'entraver la rescision des ventes pour cause de lésion; tout en l'admettant, le législateur ne la voit pas avec faveur; c'est, en réalité, une dérogation au droit commun que rien ne justifie; tandis que la rescision des partages viciés par la lésion découle de la nature même du partage. On ne peut certes pas étendre à une matière favorable des dispositions prescrites à raison de la défaveur qui frappe la rescision des ventes. On le peut d'autant

(1) Nîmes, 30 messidor an XIII (Dalloz, au mot *Succession*, nº 2203). En sens contraire, Dutruc (p. 662, nº 620), qui confond l'hypothèse d'un seul partage partiel avec celle de plusieurs partages partiels.

(2) Paris, 18 mai 1839, confirmé par un arrêt de rejet du 19 avril 1842 (Dalloz, au mot *Succession*, nº 2260).

(3) Montpellier (qui avait d'abord jugé le contraire), 10 février 1841 (Dalloz, au mot *Succession*, nº 2193); Bruxelles, 31 octobre 1846 (*Pasicrisie*, 1848, 2, 155); Rejet, 29 juin 1847 (Dalloz, 1848, 1, 70). Comparez les arrêts rapportés par Dalloz, aux nºs 2194, 2195 et 2196).

moins que ces dispositions sont elles-mêmes exceptionnelles. En règle générale, la loi s'en rapporte au juge, pour ce qui regarde les voies qu'il veut choisir pour s'éclairer. Il faut lui laisser cette liberté dans le cas de partage : il ordonnera une expertise s'il le juge nécessaire : il décidera, d'après les pièces du procès, si elles suffisent pour lui donner une conviction : il rejettera la demande s'il a la preuve qu'elle est mal fondée, il l'accueillera si la lésion est certaine (1). La doctrine est d'accord sur tous ces points avec la jurisprudence (2).

### III. *Du droit établi par l'article* 891.

**503.** « Le défendeur à l'action en rescision peut en arrêter le cours et empêcher un nouveau partage, en offrant et en fournissant au demandeur le supplément de sa portion héréditaire » (art. 891). Il y a une disposition analogue en matière de vente (art. 1681). Quel est le motif du droit que la loi accorde au défendeur? Les auteurs allèguent des considérations d'équité. Dans la rigueur du droit, dit Chabot, le partage devrait être toujours rescindé, et il devrait être procédé à un partage nouveau, puisqu'il est reconnu que le premier est vicié. Mais le repos des familles exige que les procès soient terminés entre parents par voie de conciliation; on le peut en cas de lésion, puisque les héritiers contre lesquels l'action est dirigée peuvent avoir été de bonne foi. S'il n'y avait que ces raisons d'équité, la disposition de l'article 891 ne serait guère justifiable. La bonne foi des héritiers est très-problématique; le plus souvent ceux qui profitent de la lésion en sont les vrais auteurs; quant au repos des familles, c'est un motif qui prouve trop, puisqu'il pourrait aussi être invoqué en cas de violence et de dol (3).

Il nous semble que le droit accordé au défendeur par

(1) Rejet, 26 juillet 1820 et 18 janvier 1827 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 2197, 1° et 2°), et 16 août 1853 (Dalloz, 1853, 1, 309).

(2) Massé et Vergé sur Zachariæ, t. II, p. 385, note 19. Dutruc, n° 623. Demolombe, t. XVII, p. 509, n^os^ 420-422).

(3) Chabot, t. II, p. 695, n° 1 de l'article 891. Comparez Demolombe, t. XVII, p. 549, n° 458.

l'article 891 est fondé sur la nature même de l'action intentée contre lui. Elle n'a d'autre raison d'être que le préjudice que le demandeur a éprouvé; si le défendeur répare ce préjudice, l'action doit tomber, par application du vieil adage qu'il n'y a pas d'action sans intérêt. Aussi la loi donne-t-elle ce droit dans les deux cas où elle admet la rescision pour cause de lésion : et si elle ne l'accorde pas lorsque les mineurs sont restitués pour cause de lésion, c'est qu'elle ne s'occupe pas de cette action; mais le principe étant identique, il faut aussi admettre la conséquence qui en découle.

**504.** Le défendeur doit fournir au demandeur le supplément de sa portion héréditaire, c'est-à-dire un supplément qui l'indemnise complétement de la perte qu'il a éprouvée par le partage, en rétablissant l'égalité qui a été blessée. Il y a, en ce point, une nouvelle différence entre le partage et la vente; l'acquéreur, qui a aussi le droit d'offrir un supplément au vendeur, peut retenir un dixième du prix total. Cela prouve que les deux actions, bien que fondées sur la même cause, sont régies par des principes différents, et qu'il est très-chanceux de raisonner par analogie d'un cas à l'autre. L'acheteur qui paye le supplément en doit l'intérêt du jour de la demande. Chabot applique l'article 1682 au partage, en invoquant la bonne foi de l'héritier (1). La bonne foi est très-douteuse, et il ne s'agit pas même d'une question de bonne foi. Si la loi permet au défendeur de fournir le supplément, c'est que par ce moyen le demandeur est complétement indemnisé et l'égalité est rétablie. Or, peut-on dire que l'égalité est rétablie alors que jusqu'au jour du payement de l'indemnité, le défendeur a joui des intérêts, qui en stricte justice appartiennent au demandeur? A notre avis, on doit suivre, en cas de payement du supplément, les principes que l'on suivrait si le partage était rescindé; or, dans ce cas, les fruits et les intérêts seraient remis dans la masse pour être partagés également : cela décide la question. L'article 1153

(1) Chabot, t. II, p. 696, nos 2 et 3 de l'article 891. Duranton, t. VII, p. 748, no 563.

est ici hors de cause ; on applique les principes qui régissent l'annulation des contrats.

**505.** L'article 891 dit que le supplément peut être fourni, soit en numéraire, soit en nature. En ce point la loi déroge au droit qu'a le demandeur d'avoir sa part héréditaire en nature, des meubles et immeubles qui composent l'hérédité (art. 826 et 832) (1). Elle a voulu concilier les divers intérêts ; en permettant au défendeur de fournir un supplément pour arrêter l'action en rescision, son but a été de maintenir la stabilité des acquisitions et des droits que les parties peuvent avoir concédés à des tiers ; dès lors il était impossible d'obliger le défendeur à donner le supplément en nature. L'intérêt essentiel du demandeur, après tout, est de recevoir une indemnité complète. Si le défendeur se décide à fournir le supplément en nature, comment estimera-t-on les biens ? D'après la valeur qu'ils ont au moment du payement. Les principes ne laissent aucun doute sur ce point ; l'abandon de biens héréditaires pour compléter la part du demandeur est un payement ; or, dans tout payement, la chose payée s'estime à la valeur qu'elle a au moment où elle est livrée au créancier (2).

Si, en théorie, l'article 891 peut se justifier, il faut avouer que, dans l'application, la loi donne toutes les chances au défendeur. Les biens héréditaires peuvent avoir augmenté ou diminué de valeur depuis le partage. Ont-ils augmenté de valeur, le défendeur payera le supplément en nature, et il profitera ainsi d'une plus-value qui, en droit et en équité, aurait dû profiter au demandeur, et qui lui aurait profité si le partage avait été fait d'après la loi de l'égalité. Que si les biens ont diminué de valeur, le défendeur laissera prononcer la rescision ; on procédera à un nouveau partage, dans lequel le demandeur en rescision n'aura pas la valeur qu'il aurait dû avoir dans le premier. En definitive, la loi sacrifie le droit strict de l'héri-

(1) Le code a consacré l'opinion de Pothier; Dumoulin et Lebrun voulaient que le supplément fût payé en nature (voyez les passages cités par Demolombe, t. XVII, p. 553, n° 452).

(2) Demante, t. III, p. 380, n° 236 *bis* III.

tier lésé, ce qui est difficile à justifier : l'héritier lésé a un droit, et la loi aurait dû le respecter (1).

**596.** Si la rescision est admise par un jugement passé en force de chose jugée, le défendeur peut-il encore user du droit que lui donne l'article 891 ? On enseigne généralement l'affirmative. L'article 1681 donne expressément ce droit à l'acheteur, et l'article 891, dit-on, est conçu dans le même sens. Nous préférons l'opinion contraire. L'article 1681 doit être écarté, parce qu'il déroge aux principes ; en effet, le jugement donne un droit au demandeur, droit qu'il peut exercer avec l'appui de la force publique, parce que la loi présume qu'il est l'expression de la vérité. Conçoit-on que celui qui est condamné vienne arrêter la condamnation à laquelle l'autre partie a un droit acquis ? Il n'est pas exact de dire que l'article 891 accorde ce droit à la partie condamnée. « Le défendeur, dit la loi, peut arrêter le cours de la demande en rescision et *empêcher un nouveau partage.* » Ces derniers mots ne supposent pas, comme on le prétend, que le jugement est déjà rendu ; ils sont une suite naturelle de ce qui précède et une espèce d'explication ; c'est comme si la loi avait dit : Le défendeur peut arrêter la demande et par conséquent empêcher un nouveau partage. Cette interprétation est plus naturelle que l'autre, et elle concilie la disposition de l'article 891 avec les principes (2).

**597.** Si le défendeur n'use pas du droit que lui donne l'article 891, le partage sera rescindé, et par suite les biens aliénés devront être remis dans la masse partageable. On demande si le tiers possesseur pourra offrir une indemnité en argent, afin d'éviter l'éviction dont il est menacé. Tout le monde admet qu'il a ce droit (3) Ne faut-il pas distinguer ? Que les tiers acquéreurs puissent intervenir dans l'instance et faire des offres à l'héritier qui agit en rescision, au nom de leur auteur, cela n'est point dou-

(1) Comparez Demante, t. III, p. 379, n° 236 *bis* II.

(2) Duranton, t. VII, p. 764, n° 583. En sens contraire, Aubry et Rau sur Zachariæ, t. IV, p. 419, note 30 ; Demante, t. III, p. 380, n° 236 *bis* IV ; Demolombe, t. XVII, p. 549, n° 459.

(3) En sens contraire, les auteurs cités par Zachariæ, t. IV, p. 419, note 30, et par Demolombe, t. XVII, p. 553, n° 461.

teux : ils usent du droit commun que l'article 1166 accorde à tout créancier. Mais s'ils n'interviennent pas, et si la rescision est prononcée, il nous est difficile d'admettre que les tiers puissent encore arrêter les conséquences de la rescision. Nous disons les conséquences de la rescision. Il ne s'agit plus de l'action en rescision; celle-ci est consommée : le partage est rescindé, et par suite tous les droits concédés par les copartageants tombent. A quel titre les tiers possesseurs agiraient-ils? Comme créanciers du copartageant évincé? Ils ne peuvent pas exercer des droits que leur auteur n'a plus. Or, celui-ci est sans droit. On objecte qu'en cas de vente, l'article 1681 donne expressément aux tiers possesseurs le droit que nous contestons aux tiers en cas de partage. Nous répondons qu'il est très-chanceux de raisonner par analogie en cette matière, à raison des différences profondes qui existent entre la rescision de la vente et celle du partage : l'une est défavorable, l'autre est favorable, en ce sens qu'elle tend à rétablir l'égalité entre les cohéritiers.

**508**. L'article 891 fait suite aux dispositions qui traitent de la rescision pour cause de lésion; il ne concerne donc que cette cause de nullité, il est étranger à la violence et au dol, dont il n'est parlé que dans les articles 884 et 892. Sur ce point, tout le monde est d'accord, sauf Poujol, dont l'opinion est restée isolée. On demande si l'article 891 peut être appliqué par analogie. La négative nous paraît évidente. En effet, le droit que la loi donne au défendeur d'arrêter l'action en rescision, implique que la demande est fondée uniquement sur un préjudice pécuniaire (n° 475). Or, en cas de dol et de violence, le demandeur n'est pas même tenu de prouver qu'il est lésé (n° 469); il n'est donc pas question de l'indemniser; il s'agit de savoir si le consentement est vicié ou non, et dès qu'il y a vice, le contrat doit être annulé. Tel est le principe; il faudrait un texte pour y déroger (1).

Il a été jugé par application du même principe qu'il n'y a pas lieu d'appliquer l'article 891 lorsque le partage est

(1) Zachariæ, t. IV, p. 411 et note 8, édition d'Aubry et Rau.

attaqué pour violation de l'article 832. Dans ce cas, il y a aussi inégalité, en ce sens que chacun n'a pas eu sa part en nature; il y a donc une certaine analogie entre le cas de l'article 832 et la lésion. Mais l'analogie n'est qu'apparente ; d'un côté, c'est la qualité qui manque à l'héritier demandeur en nullité; d'un autre côté, c'est la quantité qui lui fait défaut. On peut le désintéresser complétement, quand il se plaint qu'il est lésé d'un quart, en lui fournissant ce quart; mais quand il se plaint de n'avoir pas eu sa part en nature, il n'y a qu'un moyen de réparer cette inégalité, c'est de procéder à un nouveau partage. La jurisprudence de la cour de cassation est en ce sens (1).

IV. *Effet de l'annulation.*

**509.** Quand il y a dol, violence ou lésion, le partage est rescindé, c'est-à-dire annulé, et, comme le dit l'article 891, on procède à un nouveau partage. Par conséquent l'ancien partage est anéanti, comme s'il n'avait jamais existé; l'indivision est rétablie, pour mieux dire, elle est censée n'avoir jamais cessé. Il en est tout autrement lorsque l'un des héritiers est évincé; la loi donne une action en garantie, mais elle ne permet pas de rescinder le partage. Les deux actions diffèrent encore sous d'autres rapports. En cas d'éviction, la garantie peut être exercée dans les trente ans, à compter du jour de l'éviction; tandis que l'action en rescision doit être exercée dans les dix ans (art. 1304). Nous dirons, au titre des *Obligations*, quelle est la raison de cette courte prescription. L'héritier évincé a une action récursoire contre ses cohéritiers; cette action tend au payement d'une somme d'argent, et elle est munie d'un privilége. Lorsqu'il y a une cause de nullité, l'action tend à anéantir le partage; elle n'est assurée par aucun privilége; en général, l'héritier n'a pas besoin de cette garantie, puisqu'il peut revendiquer les biens contre les tiers possesseurs. Il y a entre les deux actions d'autres

(1) Rejet, 30 août 1848 (Dalloz, 1849, 5, 344); et, en matière de partage d'ascendant, arrêt de rejet du 10 novembre 1847 (Dalloz, 1848, 1, 195).

différences sur lesquelles il est inutile d'insister. On peut demander pourquoi le législateur maintient le partage lorsqu'un héritier est évincé. Nous avons d'avance répondu à la question (n° 446). Nous renvoyons également à ce qui a été dit sur la question de savoir si l'héritier évincé a l'action en rescision lorsque, par suite de l'éviction, il est lésé de plus du quart (n° 447). Il ne reste qu'à examiner les difficultés auxquelles donne lieu l'annulation.

### 1. DES EFFETS DE L'ANNULATION ENTRE LES PARTIES.

**510.** Le principe que ce qui est nul ne produit aucun effet reçoit son application au partage comme à toute convention (1). Puisque le partage annulé est considéré comme n'ayant jamais existé, les héritiers doivent être replacés dans l'état où ils étaient avant d'avoir partagé l'hérédité. Ils sont donc censés être restés dans l'indivision. Tel est le principe. La conséquence est que chacun des héritiers doit rapporter à la masse les biens qui avaient été mis dans son lot. Ce rapport se fait en nature si les biens se trouvent encore dans la main de l'héritier. S'ils ont été aliénés, le rapport ne peut se faire qu'en moins prenant. Il en est toujours ainsi des meubles corporels que l'héritier aurait vendus, l'acheteur de bonne foi étant à l'abri de la revendication (art. 2279). Quant aux immeubles, nous dirons plus loin quel est l'effet des aliénations consenties par l'héritier depuis le partage; si elles sont maintenues, le rapport se fera en moins prenant; sinon, il se fera en nature. Cela décide la question de savoir pour quelle valeur les biens sont rapportés, lorsque le rapport a lieu en moins prenant. Les biens doivent être de nouveau partagés, et ils le sont naturellement pour la valeur qu'ils ont lors du partage; donc s'ils ne sont pas rapportés en nature, l'héritier doit tenir compte à la masse de leur valeur actuelle. Puisque l'indivision est censée avoir toujours existé, c'est la succession qui profite de la plus-value que les biens ont acquise, comme c'est elle qui subit la perte

(1) Voyez, sur le principe, le tome VI de mes *Principes*, p. 142, n° 106.

s'ils ont diminué de valeur. Cela suppose que la plus-value et la moins-value sont indépendantes du fait de l'héritier ; si c'est par ses travaux que les biens ont augmenté de valeur, il va sans dire qu'on lui devra rembourser ses impenses; et s'ils ont diminué de valeur par des dégradations qui lui sont imputables, il devra indemniser la succession (1).

**511**. Comment se fera le rapport des fruits perçus depuis le partage? Il règne quelque incertitude sur ce point dans la doctrine et dans la jurisprudence. Si l'on s'en tient au principe que tout le monde admet, la décision ne saurait être douteuse. L'indivision est censée avoir toujours existé; or, les fruits perçus pendant l'indivision appartiennent à l'hérédité, et l'héritier qui les a perçus lui en doit compte (n° 220). On a objecté que les héritiers gagnent les fruits s'il y a eu entre eux un partage provisionnel, et il a été jugé que le partage annulé devait au moins avoir l'effet d'un partage de jouissance (2). L'erreur de la cour nous paraît évidente. Il n'y a de partage provisionnel que dans les cas où les parties ont voulu faire un partage pareil, et dans les cas où la loi transforme un partage irrégulier en partage provisionnel (n° 270). Or, dans l'espèce, il ne peut être question ni d'un partage provisionnel volontaire, ni d'un partage provisionnel légal. Il y a eu un partage qui, dans l'intention des parties, devait être définitif; il est annulé, donc il n'y a jamais eu de partage, il y a toujours eu indivision; il faut par conséquent appliquer les principes qui régissent l'indivision, et ces principes sont très-simples : la succession profite des fruits, puisque les héritiers n'y ont encore aucun droit.

Les auteurs distinguent; ils admettent qu'en cas de dol et de violence, les fruits doivent être restitués par celui qui s'est rendu coupable de ces faits illicites; mais les possesseurs de bonne foi ne devront pas restituer les fruits On applique le même principe à la lésion : tous les héritiers étant présumés de bonne foi, ils doivent gagner les

(1) Comparez Demolombe, t. XVII, p. 599, n^os 506 et 507; Zachariæ, t. IV, p. 418 et note 26, édition d'Aubry et Rau.
(2) Caen, 5 décembre 1849 (Dalloz, 1854, 2, 197).

fruits (art. 549) (1). Nous croyons que cette doctrine est également erronée. L'article 549 suppose une action en revendication intentée par le propriétaire contre un tiers possesseur; si celui-ci possède en vertu d'un titre translatif de propriété dont il ignore les vices, il fait les fruits siens. Peut-on dire d'un héritier qui a possédé en vertu d'un acte de partage annulé, qu'il est possesseur de bonne foi dans ce sens? Non, certes; car par suite de l'annulation du partage, ce n'est pas lui qui a possédé, c'est la succession; il est obligé, comme propriétaire par indivis, de remettre dans la masse tous les profits qu'il a retirés de la chose pendant l'indivision; la bonne ou la mauvaise foi de l'héritier n'a rien de commun avec cette obligation, il doit donc toujours la remplir (2).

D'après la rigueur des principes, il n'y a pas même lieu de compenser les jouissances respectives des divers héritiers. Il va sans dire qu'il ne saurait être question de la compensation proprement dite. Dès lors il faut s'en tenir à la règle que, le partage étant anéanti, l'indivision subsiste, et par suite les fruits augmentent la masse. Nous ne voyons pas ce que l'on pourrait opposer à l'héritier qui demanderait le rapport en nature : c'est le droit commun, pour y déroger, il faudrait un texte.

Quant aux intérêts des créances héréditaires mises au lot des divers copartageants, on applique le même principe. Si l'un des copartageants a payé une soulte en vertu de l'acte de partage, l'héritier qui a joui de cette soulte doit restituer les intérêts, toujours par application du principe que les parties sont replacées dans l'état où elles étaient avant d'avoir partagé; ceux qui ont joui d'un bien héréditaire rapportent les fruits; ceux qui ont touché une soulte doivent restituer les intérêts du jour où ils leur ont été payés. Il y a cependant une différence entre les

(1) Demante, t. III, p. 386, n° 239 *bis*. Demolombe, t. XVII, p. 360, n° 512.

(2) La jurisprudence est incertaine. Il y a un arrêt qui ordonne la restitution des fruits en cas de lésion (Rennes, 6 janvier 1816, dans Dalloz au mot *Succession*, n° 2352). La cour de cassation applique l'article 549 (Cassation, 12 janvier 1863, dans Dalloz, 1863, 1, 119). Comparez le tome VI de mes *Principes*, p. 314, n°s 241 et 242.

fruits et les intérêts des soultes : les fruits appartiennent à la masse, tandis que la soulte avec les intérêts doit être restituée à l'héritier qui, par suite de l'annulation du partage, l'a payée sans cause (1).

2. EFFET DE L'ANNULATION A L'ÉGARD DES TIERS.

**512**. L'annulation a-t-elle effet à l'égard des tiers? En principe, l'affirmative n'est pas douteuse; le code lui-même le dit dans l'article 2125 : « Ceux qui n'ont sur l'immeuble qu'un droit sujet à rescision ne peuvent consentir qu'une hypothèque soumise à la même rescision. » La raison en est très-simple. Ce n'est pas, comme le dit Chabot, parce que la rescision implique une condition résolutoire (2) : autre chose est l'annulation d'un contrat, autre chose est sa résolution. Mais il y a un principe commun à la condition résolutoire et à la rescision, c'est que l'on ne peut pas transmettre à des tiers plus de droits qu'on n'en a soi-même. Donc celui qui n'a qu'une propriété rescindable ou résoluble ne peut concéder à des tiers que des droits également rescindables ou résolubles. De là suit que du moment où le partage est rescindé, tous les droits consentis par les copartageants tombent. Le principe n'est pas douteux (3); et l'application ne serait pas plus douteuse, si les interprètes n'avaient pas la malheureuse tendance de composer avec les principes. Il faut proscrire tous ces accommodements, sinon il n'y a plus de science, ce sont les faits qui dominent là où l'empire appartient au droit.

**513**. Il y a une première difficulté que nous renvoyons au titre des *Obligations*, parce que là se trouve le siége de la matière. On prétend que le dol ne réagit pas contre les tiers. Nous prouverons, pour mieux dire, le texte de la loi (art. 1117) prouve que c'est là une de ces distinctions imaginées par les auteurs, qui finiront par bouleverser entièrement le code civil, si l'on ne s'arrête dans cette

(1) Rejet de la chambre civile du 14 juillet 1869 (Dalloz, 1869, 1, 347).
(2) Chabot, t. II, p. 682, n° 5 de l'article 887.
(3) Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, p. 573, n° 814.

voie que nous appelons funeste parce qu'elle confond la mission de l'interprète avec celle du législateur. Notre règle d'interprétation est très-simple, et elle est incontestable. L'annulation du partage fait qu'il n'y a jamais eu de partage; donc les droits des copartageants sont ceux qu'ils ont pendant l'indivision. Nous avons dit plus haut quels sont ces droits (nos 212-218). Le partage apparent qui a existé entre les cohéritiers modifie-t-il ces principes? Telle est la vraie question. Dans tous les cas où il y a annulation, il y a un acte apparent; ce qui n'empêche pas les effets de l'annulation. On reste donc sous l'empire des principes généraux, avec cette différence que les droits des copartageants ne sont pas entièrement anéantis, comme le sont les droits d'un acheteur, d'un donataire. Le partage a déclaré quels sont les droits de l'héritier; le partage étant annulé, il en résulte que l'héritier n'a plus de droits divisés, mais il lui reste les droits indivis qui lui appartiennent comme héritier. On ne peut pas dire de lui qu'il n'a pas le droit d'aliéner, ni de faire aucun acte de disposition; il a ce droit en sa qualité de copropriétaire par indivis; les actes qu'il aura faits depuis le partage, comme ceux qu'il aurait faits avant le partage, seront valables ou nuls, selon que les objets héréditaires dont il a disposé tomberont dans son lot ou tomberont dans le lot d'un cohéritier. On comprend donc dans la masse héréditaire les biens aliénés, ou grevés de droits réels : le résultat du partage décidera de la validité des actes.

Telle n'est pas la doctrine des auteurs ni de la jurisprudence. On raisonne et on décide comme si, après l'annulation du partage, les copartageants se trouvaient n'avoir eu aucun droit sur les biens mis dans leur lot, et l'on se demande si ces actes sont nuls ou si on doit les maintenir. C'est ne tenir aucun compte de l'état d'indivision, qui n'a jamais cessé et qui donne des droits aux copropriétaires par indivis. On comprend la doctrine générale, quand il s'agit d'objets mobiliers aliénés par les copartageants; l'acheteur, en ce cas, est protégé par un principe général contre toute revendication, c'est qu'en fait de meubles possession vaut titre. Quand il s'agit d'immeubles, on dis-

tingue. Les aliénations faites par le demandeur en rescision ne peuvent pas être attaquées, dit-on, parce qu'il doit garantir ses acheteurs contre toute éviction, et celui qui doit garantir ne peut évincer (1). Nous croyons qu'il faut appliquer les principes qui régissent l'indivision. L'immeuble est censé avoir été aliéné pendant l'indivision ; s'il tombe au lot de l'héritier qui l'a aliéné, l'aliénation est valable; s'il tombe au lot d'un autre héritier, celui-ci pourra certainement le revendiquer. Que lui opposerait l'acheteur? L'exception de garantie? Ce n'est pas l'héritier demandeur qui a vendu. Le tiers dira-t-il que son vendeur était propriétaire? Il l'était en vertu d'un partage qui est censé n'avoir jamais existé; tandis que l'héritier revendiquant est censé avoir toujours été propriétaire; il peut revendiquer ce qui lui appartient. Quant aux actes de disposition faits par les défendeurs, ils tombent, dit-on. Cela est trop absolu ; tout dépend du partage. Les immeubles aliénés doivent être compris dans le partage, puisqu'ils sont censés avoir été vendus, non par un copartageant, mais par un copropriétaire indivis; l'aliénation ne tombera que si l'immeuble est mis au lot d'un cohéritier du vendeur. Dans l'opinion générale, on a recours à de nouvelles distinctions, plus arbitraires les unes que les autres, pour prévenir l'annulation des actes de disposition faits après le partage. L'un voudrait distinguer entre les concessions de droits réels et les ventes : la loi, dit M. Demolombe, maintient parfois les aliénations, tandis qu'elle annule les droits réels (art. 860). Quelle confusion de principes ! L'article 860 parle du rapport, c'est à-dire d'un cas où la propriété est résolue et où le vendeur se trouve être sans droit aucun, tandis que, dans notre espèce, le vendeur reste copropriétaire. Un autre auteur, et un des meilleurs, se prévalant de la disposition de l'article 860, en conclut que les tribunaux pourraient se déterminer par des considérations d'équité, l'équité étant la grande règle en matière de partage. Demante laisse donc au juge le

(1) Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, p. 573, nº 815; Demolombe, t. XVII, p. 596, nº 503. Cassation, 29 juin 1859 (Dalloz, 1859, 1, 296).

choix : il maintiendra l'aliénation en invoquant l'équité, ou il l'annulera en invoquant le droit (1)! Voilà cet arbitraire que nous signalons si souvent, et qui est inévitable quand les interprètes s'écartent de la loi et des principes qu'elle établit. Demanderons-nous ce que devient le droit s'il est permis au juge de n'en tenir aucun compte?

### V. *De la confirmation.*

#### 1. DE LA CONFIRMATION DES PARTAGES NULS.

**514.** Les actes que la loi déclare nuls à raison d'un vice qui les infecte peuvent être confirmés. Celui qui a le droit d'agir en nullité peut renoncer à ce droit, et alors l'acte devient valable, comme s'il n'avait jamais été vicié. La confirmation est expresse ou tacite, comme toute manifestation de volonté. Quand la confirmation expresse est constatée par écrit, la loi prescrit certaines formes pour la validité de l'acte confirmatif : il doit contenir la substance de l'obligation qu'il s'agit de confirmer, la mention du motif de l'action en nullité, et l'intention de réparer le vice sur lequel cette action est fondée. Lorsque l'intention de confirmer résulte d'un fait, la confirmation est tacite; la loi considère comme telle l'exécution volontaire de l'obligation à une époque où celle-ci pouvait être valablement confirmée. Tels sont les principes qui résultent de l'article 1338, disposition très-mal rédigée, car elle confond la confirmation et l'écrit qui la constate. Au titre des *Obligations* nous expliquerons cette matière difficile ; nous avons dû rappeler les principes élémentaires qui régissent la confirmation, parceque l'application de ces principes au partage a soulevé de longues controverses. Il faut distinguer si le partage est nul ou s'il est rescindable pour cause de lésion : nous entendons par partage nul tous les cas dans lesquels le partage peut être attaqué, sauf le cas de lésion. Que le partage nul puisse être confirmé, cela

(1) Demante, t. III, p. 383, n° 237 *bis* III. Comparez Demolombe, t. XVII, p. 598, n° 505.

ne fait aucun doute; c'est le droit commun, et la loi n'y déroge pas. On doit donc appliquer les principes généraux, que nous exposerons au titre des *Obligations*. La confirmation pourra être expresse ou tacite; la confirmation tacite résultera de l'exécution volontaire du partage faite à l'époque où il pouvait être confirmé. L'article 1304, qui établit la prescription de dix ans pour toute action en nullité, contient une application de ces principes. Cette prescription est une confirmation tacite; voilà pourquoi elle ne commence à courir que du jour où la confirmation est possible : dans le cas de violence, du jour où elle a cessé: dans les cas d'erreur ou de dol, du jour où ils ont été découverts : pour les actes passés par les incapables, du jour où leur incapacité cesse. Il en est de même de l'exécution volontaire de l'acte nul; quand donc il s'agit d'un partage nul pour cause de dol ou de violence, l'exécution du partage ne sera considérée comme une confirmation que si elle a eu lieu après que la violence a cessé ou que le dol a été découvert; si le partage est nul pour incapacité, la nullité ne sera couverte par l'exécution volontaire que si le partage a été exécuté après que l'incapacité a cessé.

**515.** Tels sont les principes généraux; ils s'appliquent au partage par cela seul que la loi n'y déroge point. L'article 892 contient en outre une disposition spéciale pour les cas de dol et de violence; il est ainsi conçu : « Le cohéritier qui a aliéné son lot en tout ou partie n'est plus recevable à intenter l'action en rescision pour dol ou violence, si l'aliénation qu'il a faite est postérieure à la découverte du dol, ou à la cessation de la violence. » Ainsi l'aliénation partielle ou totale des objets mis au lot d'un héritier engendre une fin de non-recevoir contre l'action en nullité qu'il voudrait intenter. Mais le simple fait de l'aliénation ne suffit point; il faut de plus que l'héritier ait aliéné à une époque où il avait découvert le dol et où la violence avait cessé. C'est à celui qui oppose la fin de non-recevoir au demandeur en nullité, à prouver que l'aliénation a eu lieu après la découverte du dol ou la cessation de la violence. Pourquoi la loi prescrit-elle cette condition pour que le demandeur soit déclaré non recevable? Re-

marquons que l'article 1338 exige une condition analogue pour la confirmation tacite par l'exécution volontaire de la convention : il faut que l'exécution ait lieu à une époque à laquelle l'obligation pouvait être valablement confirmée ; ce qui, en cas de dol ou de violence, revient à dire : après la découverte du dol ou la cessation de la violence. En faut-il conclure que l'article 892 est une application de l'article 1338? L'aliénation faite par l'héritier de tout ou partie de son lot est-elle une confirmation tacite?

La question est controversée. Tous les auteurs français considèrent l'aliénation comme une confirmation (1). Zachariæ dit que ce n'est pas une confirmation, que c'est une présomption de renonciation au droit que l'héritier vendeur avait d'agir en nullité (2). Le jurisconsulte allemand a raison de dire que l'aliénation n'est pas une exécution du partage. On exécute une convention en exerçant les droits qu'elle donne ou en remplissant les obligations qu'elle impose ; en ce sens l'aliénation n'est pas une exécution du partage ; et il est vrai de dire que l'article 892 n'est pas une application de la disposition de l'article 1338 qui fait résulter la confirmation de l'exécution volontaire de l'acte nul. Aussi l'article 892 ne se sert-il pas du mot de confirmation ou de ratification que l'article 1338 emploie ; il dit que le vendeur sera non recevable à attaquer le partage. Toutefois cette fin de non-recevoir n'est-elle pas, au fond, une espèce de confirmation? n'est-ce pas même la seule qui soit possible, d'ordinaire, en matière de partage? En général, le partage n'impose aucune obligation aux copartageants, sauf celle de garantie, dont il ne peut être question, puisqu'elle ne résulte pas de l'acte même de partage. Les copartageants ne tiennent rien les uns des autres, il ne saurait donc y avoir entre eux ni droits ni obligations. Ce n'est que par accident, en cas de soulte, qu'il y a un débiteur et un créancier. Si donc on s'en tenait à la confirmation tacite de l'article 1338, il n'y en aurait jamais en

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Lésion*, § VI. Chabot, t. II, p. 698, n° 1 de l'article 892. Duranton, t. VII, p. 767, n° 588. Demante, t. III, p. 382, n° 237 *bis* I. Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, p. 572, n° 812.
(2) Aubry et Rau sur Zachariæ, t. IV, p. 409, note 6.

cas de partage, sauf lorsqu'il y a soulte. Mais l'aliénation ne peut-elle pas être considérée comme une confirmation spéciale au partage? Il est certain que la loi applique à l'aliénation, pour qu'elle produise une fin de non-recevoir, la même condition qu'elle exige pour la confirmation tacite par l'exécution de l'acte, c'est qu'elle se fasse après la découverte du dol ou la cessation de la violence, c'est-à-dire à une époque où le partage pouvait être valablement confirmé. Il est certain encore que la renonciation sur laquelle Zachariæ fonde la fin de non-recevoir consacrée par l'article 892, est aussi le fondement de la confirmation; car qu'est-ce que confirmer, sinon renoncer au droit que l'on a d'agir en nullité? Donc l'aliénation est une espèce de confirmation non prévue par l'article 1338, et particulière au partage. En ce sens, l'article 892 a le caractère d'une disposition exceptionnelle : il a fallu une déclaration du législateur pour donner cette extension au principe de la confirmation tacite. C'est dire qu'on ne peut l'admettre que dans les cas prévus par la loi et sous les conditions qu'elle établit.

La cour de Bruxelles a fait une application de ce principe d'interprétation, en jugeant que le copartageant mineur qui continue à posséder, après sa majorité, les objets mis dans son lot, n'est pas censé avoir confirmé le partage (1); la possession n'est ni une exécution de l'acte, comme le veut l'article 1338, ni une aliénation, comme le veut l'article 892; il ne peut donc pas être question de confirmation. L'article 892 reçoit-il son application à d'autres causes de nullité, notamment à la lésion? Nous allons examiner cette question en traitant de la confirmation des partages rescindables pour cause de lésion. Elle est extrêmement controversée; il y a comme un chaos d'opinions contradictoires et de décisions judiciaires qui se heurtent et se combattent. Il faudrait une dissertation spéciale, si l'on voulait redresser toutes les erreurs et discuter tous les avis dissidents. Nous nous bornerons à exposer les principes.

(1) Bruxelles, 21 janvier 1843 (*Pasicrisie*, 1843, 2, 300).

N° 2. DE LA CONFIRMATION DES PARTAGES RESCINDABLES POUR CAUSE DE LÉSION.

**516.** La lésion est une cause de rescision ou de nullité dans le partage et la vente ; elle vicie aussi et annule les engagements contractés par les mineurs. Ce vice peut-il être effacé par la confirmation? Posée dans ces termes généraux, la question ne nous paraît pas douteuse. La confirmation n'est pas limitée à certaines causes de nullité; d'après le texte formel de l'article 1338, elle s'applique à toute obligation contre laquelle la loi admet l'action en nullité ou en rescision ; l'article ne distingue pas les diverses obligations; il ne distingue pas davantage les diverses causes pour lesquelles les contrats peuvent être annulés ou rescindés. Cette distinction, qui ne se trouve pas dans l'article 1338, existe-t-elle ailleurs, ou résulte-t-elle de la nature même de la lésion? Comme l'article 1338 établit une règle générale, il faudrait une disposition de la loi pour que l'on pût admettre une exception. Cette exception, on la chercherait vainement dans nos textes, et elle ne dérive pas davantage du vice même de lésion. Les mineurs, devenus majeurs, peuvent certainement confirmer les actes qu'ils ont faits en minorité, et qu'ils avaient le droit d'attaquer pour cause de lésion; le vendeur, comme nous le dirons ailleurs, peut confirmer la vente qu'il a le droit d'attaquer s'il est lésé de plus de sept douzièmes. Pourquoi n'en serait-il pas de même du copartageant quand il est lésé de plus du quart? Pour la confirmation expresse, la question n'est guère douteuse. Le copartageant lésé déclare qu'il confirme le partage dont il aurait le droit de demander la rescision ; il rédige un acte confirmatif dans les termes prescrits par l'article 1338; nous supposons que la confirmation réunit toutes les conditions que la doctrine exige pour sa validité. Pourquoi cette confirmation ne serait-elle pas valable? Il n'y a pas de raison pour qu'elle ne le soit pas.

On a fait une singulière objection. Demante reconnaît que les actes rescindables pour lésion sont susceptibles d'être confirmés; mais, dit-il, la confirmation n'est possible qu'après que le vice a cessé. Or, quand le vice de lésion

cesse-t-il? Quand le déficit d'où résulte la lésion aura été ramené à une proportion telle qu'il ne constitue plus une lésion de plus du quart. Jusque-là le consentement pour éteindre l'action n'est pas plus efficace que ne l'a été le consentement au partage pour empêcher l'action de naître. Le principe d'où part Demante n'est pas exact, et la conséquence qu'il en tire n'est pas acceptable. Il y a des vices qui se prolongent : tels sont l'erreur, la violence, le dol, l'incapacité. Tant qu'ils subsistent, il ne peut être question de confirmation, parce que la confirmation serait viciée aussi bien que l'acte qu'il s'agit de confirmer. En est-il de même de la lésion? La lésion résulte d'une erreur; du moment que l'erreur est reconnue, rien n'empêche le copartageant de renoncer au droit que la lésion lui donne de demander la rescision du partage. S'il ne le pouvait que lorsque le déficit est comblé en partie, comme le dit Demante, il ne le pourrait jamais, car dès qu'il n'y a plus lésion de plus du quart, l'action n'est pas recevable. La doctrine que nous combattons conduit donc à cette étrange conséquence, c'est que la confirmation ne peut effacer le vice de lésion, car on ne l'admet que lorsque l'acte n'est plus rescindable(1). Disons le mot, c'est une de ces erreurs qui échappent aux meilleurs esprits et qui pour tous devrait être une leçon d'indulgence.

**517.** Si la confirmation expresse peut avoir lieu en cas de lésion, il en faut conclure que la confirmation tacite aussi est admissible. L'article 1338 met les deux cas de confirmation sur la même ligne, et avec raison, car c'est un seul et même fait juridique, la renonciation au droit de demander la nullité d'un acte vicié; or, la renonciation est une manifestation de volonté, et la volonté peut se manifester par des faits aussi bien que par des paroles. Donc, d'après le droit commun, il peut y avoir confirmation tacite par l'exécution volontaire de l'acte de partage. Cela arrivera rarement, comme nous venons de le dire, parce que le partage n'impose pas d'obligations aux parties con-

(1) Demante, t. III, p. 382, n° 237 *bis* I. En sens contraire, Demolombe, t. XVII, p. 575, n° 481.

tractantes. Cela peut cependant arriver en cas de soulte. L'héritier lésé paye une soulte, il la paye à un moment où il a connaissance de la lésion, il le fait en pleine liberté, dans le but de confirmer le partage. Nous demandons encore une fois pourquoi une pareille confirmation ne serait pas valable. Il en serait autrement si l'héritier était créancier de la soulte; on pourrait dire, dans ce cas, qu'en la recevant il obéit à la même nécessité qui l'a engagé à consentir au partage, le besoin de se procurer immédiatement des ressources; de sorte que la confirmation serait viciée par la même cause qui vicie le partage.

L'article 1304 vient à l'appui de notre opinion. En effet, la prescription de dix ans qu'il établit n'est autre chose qu'une confirmation tacite; or, de l'aveu de tout le monde, la prescription de dix ans s'applique au partage rescindable pour cause de lésion; donc ce partage peut être confirmé tacitement. Toutefois nous rencontrons ici une nouvelle objection. L'article 1304, dit-on, détermine le moment à partir duquel la prescription de dix ans commence à courir, quand l'acte est nul pour cause d'erreur, de violence ou de dol; il ne parle pas de la lésion : preuve que la lésion n'est pas, dans la pensée de la loi, un vice qui se couvre par la prescription ni par la confirmation tacite (1). Nous répondons que l'article 1304 prévoit un cas de lésion, puisqu'il dit que le délai court, à l'égard des actes faits par les mineurs, du jour de leur majorité; or, les mineurs peuvent attaquer leurs actes s'ils sont lésés, donc il y a lieu à confirmation tacite pour cause de lésion. Quant à la lésion en matière de vente, il y a une disposition spéciale dans l'article 1676. Reste le partage, pour lequel une disposition particulière était inutile, les principes généraux suffisant pour décider la difficulté (n° 498).

On objecte encore le silence de l'article 892, qui, dans l'opinion générale, est une application de l'article 1338; or, il ne mentionne que les cas de dol et de violence : n'est-ce pas exclure la lésion? Et si l'aliénation faite par l'héritier lésé ne confirme pas le partage, il en doit être de même

(1) Mourlon, *Répétitions*, t. II, p. 217.

de toute espèce d'exécution, ce qui aboutit à dire que la confirmation tacite n'est pas admise dans le cas où le partage est vicié pour lésion (1). Nous avons répondu d'avance l'objection (n° 515). L'article 892 n'est pas une application directe de l'article 1338; si l'aliénation était une exécution du contrat, il eût été inutile de prévoir ce cas dans l'article 892, la règle de l'article 1338 suffisait. L'interprétation que l'on donne à l'article 892 est encore en opposition avec l'article 1304, comme nous venons de le prouver. Enfin elle consacrerait une dérogation aux principes généraux que rien ne justifierait. Si la lésion peut être couverte par une confirmation expresse, pourquoi ne pourrait-elle pas l'être par une confirmation tacite?

Quand y aura-t-il confirmation tacite? Sur ce point nous renvoyons à l'article 1338 et aux explications que nous donnerons au titre des *Obligations*. Dans notre opinion, le partage étant soumis à la règle générale, il n'y a rien de spécial à en dire.

**518**. Reste la question de savoir si l'article 892 est applicable à la lésion. Posée dans ces termes, nous croyons qu'elle doit être décidée négativement. L'article 892 mentionne expressément le dol et la violence; il ne parle pas de la lésion; le silence du code nous paraît décisif. En effet, il s'agit d'une disposition spéciale et, en un certain sens, exceptionnelle (n° 515); or, on n'étend pas les exceptions. Vainement dit-on que notre argument est un de ces raisonnements plus que chanceux que l'on appuie sur le silence de la loi (2). Nous avons plus d'une fois repoussé les arguments *a contrario*, mais en ayant soin d'observer qu'ils se trouvent en opposition avec les principes généraux de droit. Dans l'espèce, le silence de la loi a déjà par lui-même une grande valeur, puisque l'article 892 est une disposition exceptionnelle. Et notons qu'il vient à la suite de quatre articles qui tous sont relatifs à la lésion; que l'on nous explique pourquoi la loi, si elle entendait mettre la lésion sur la même ligne que les autres vices,

(1) Duranton, t. VII, p. 768, n° 589; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. II, p. 338, note 26, et les autorités qui y sont citées.
(2) Chabot, t. II, p. 699, n° 2 de l'article 892.

mentionne expressément le dol et la violence, et garde le silence à l'égard de la lésion (1). Nous avons vainement cherché une raison de ce silence dans les auteurs et dans les arrêts. Tandis que, dans notre opinion, on peut très-bien justifier la disposition qui admet que l'aliénation couvre les vices de dol et de violence, et ne confirme pas le partage vicié par la lésion. Quand est-ce qu'un héritier aliène? Lorsqu'il a besoin d'argent. Or, il se peut que ce soit ce même besoin d'argent qui l'ait fait consentir à un partage lésionnaire; dès lors l'aliénation ne pouvait être considérée comme un acte de confirmation. Car, on ne doit pas l'oublier, il s'agit d'une confirmation tacite, c'est-à-dire d'une volonté qui s'induit d'un fait, et cette volonté, dans l'espèce, est une renonciation; or, n'est-il pas de principe que les renonciations tacites ne sont admises que lorsque les faits d'où on les induit ne peuvent pas recevoir une autre interprétation? Dès que l'aliénation faite par un héritier lésé n'implique pas nécessairement l'intention de renoncer, le législateur ne pouvait pas l'admettre comme une confirmation tacite (2).

L'opinion que nous soutenons est consacrée par la jurisprudence de la cour de cassation. Toutefois elle ajoute une restriction importante, c'est que l'aliénation peut être une confirmation tacite, si en fait il est décidé qu'elle a eu lieu avec l'intention de purger le vice de lésion. Cette restriction est admissible. Il est vrai que, dans notre opinion, l'aliénation n'est pas une exécution du partage; elle ne rentre donc pas dans la définition que l'article 1338 donne de la confirmation tacite. Mais la confirmation par l'exécution de la convention, consacrée par l'article 1338, exclut-elle d'autres faits impliquant la volonté de renoncer? Nous ne le croyons pas. Après tout, la confirmation n'est autre chose qu'une question d'intention, et l'intention s'établit par les faits et les circonstances de la cause, aussi bien que par une manifestation expresse de volonté. Ce sera donc aux jugss à décider si l'aliénation est faite avec la

(1) Agen, 21 janvier 1836 (Dalloz, au mot *Succession*, nº 2313).
(2) Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, p. 572, nº 813. En sens contraire, Demolombe, t. XVII, p. 591, nº 497.

volonté de purger le vice de lésion. Suffira-t-il, comme le dit la cour dans un de ses arrêts, que l'héritier ait connu la lésion en aliénant (1)? Non, ce serait là une présomption légale d'intention, et il ne peut pas s'agir d'une présomption légale, puisque, dans l'opinion de la cour de cassation, il n'y a pas de loi autre que l'article 1338; or, l'article 1338, en définissant la confirmation tacite, ne prévoit pas le cas d'aliénation. La question se résout donc en une difficulté de fait; or, en fait, comme nous venons de le dire, l'aliénation peut être un acte forcé, une conséquence nécessaire du partage lésionnaire, ce qui exclut toute pensée de confirmation. Il est plus exact de dire, comme la cour de cassation le fait dans un autre arrêt, que l'on doit appliquer les conditions générales prescrites par l'article 1338 (2); or, malgré la mauvaise rédaction de cette disposition, il est certain que la confirmation exige plus que la connaissance du vice; il faut aussi l'intention de le réparer. Quand la confirmation est expresse et constatée par écrit, il n'y a aucun doute; l'article 1338 est formel. Or, la confirmation tacite est identique avec la confirmation expresse, abstraction faite de l'écrit qui la constate. C'est en ce sens que l'article 1338 dit que l'exécution doit être *volontaire*, c'est-à-dire faite avec l'intention de purger le vice. Cette condition est de rigueur dans toute confirmation ou renonciation. La cour de cassation a appliqué ce principe en rejetant le pourvoi contre un arrêt qui constatait en fait que l'héritier avait aliéné *volontairement* et en connaissance de cause, alors que déjà l'un de ses cohéritiers avait intenté une action en rescision (3).

(1) Cassation du 4 décembre 1850 (Dalloz, 1850, 1, 337).
(2) Rejet, 18 février 1851 (Dalloz, 1851, 1, 294).
(3) Rejet, 9 mai 1855 (Dalloz, 1855, 1, 312). Comparez, dans le même sens, Grenoble, 8 mai 1835 (Dalloz, au mot *Dispositions entre vifs*, n° 4634, 1°); Limoges, 9 mars 1841 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 2321, 2°); Nîmes, 10 mars 1847 (Dalloz, 1848, 2, 175); Caen, 6 janvier 1848 (Dalloz, 1851, 2, 4); Poitiers, 5 mars 1862 (Dalloz, 1862, 2, 119).

## § VII. *Droits des créanciers des héritiers.*

### N° 1. DROIT DE PROVOQUER LE PARTAGE.

**519.** La loi donne aux créanciers le droit de provoquer le partage (art. 2205 et loi du 11 août 1854, art. 2) · elle leur en fait même une obligation, en ce sens qu'ils ne peuvent mettre en vente la part indivise de leur débiteur dans les immeubles d'une succession, avant le partage ou la licitation qui en tient lieu (n° 254). L'article 2205 dit aussi que les créanciers peuvent intervenir dans le partage, et l'article 882, qui consacre le même droit, ajoute que les créanciers interviennent à leurs frais. Faut-il appliquer cette disposition au cas où les créanciers demandent le partage ? Il a été jugé que lorsque les créanciers exercent les droits et actions de leur débiteur dans un partage, ils ne supportent pas les frais, parce que, dans ce cas, ils ne font qu'user du droit commun établi par l'article 1166, en agissant au nom de leur débiteur ; c'est le débiteur qui agit par l'intermédiaire de ses créanciers, c'est donc lui qui doit supporter les frais. Cela est aussi fondé en raison. Quand les créanciers agissent en vertu de l'article 1166, le produit de l'action n'appartient pas aux demandeurs, il est versé dans la masse commune qui est le gage de tous les créanciers ; c'est dire que le debiteur et ses créanciers profitent de l'action ; il est donc juste qu'ils en supportent les frais (1). Il en faut dire autant de la demande en partage, car elle est aussi intentée au nom du débiteur, et le bénéfice en est versé dans la masse.

**520.** Quels sont les créanciers qui peuvent demander le partage au nom de leur débiteur ? L'article 2205 dit : les créanciers personnels. Cette expression générale comprend tous les créanciers, même ceux que, dans le langage ordinaire, on appelle les ayants cause. Tels sont les acquéreurs d'immeubles héréditaires vendus pendant l'indivi-

(1) Pau, 18 novembre 1862 (Dalloz, 1863, 5, 268).

sion par l'un des héritiers. Ils sont ayants cause tout ensemble et créanciers ; en effet, en leur qualité d'acheteurs, ils ont droit à la garantie ; ils ont aussi intérêt à provoquer le partage, parce que c'est le partage qui décidera s'ils conserveront la propriété de l'immeuble. La jurisprudence est en ce sens, et la question n'est pas douteuse (1).

**521.** Les créanciers ont ils le droit de provoquer un partage judiciaire, si les héritiers sont d'accord pour faire un partage à l'amiable? Nous avons déjà décidé la question négativement (n° 300). Cela suppose que les héritiers ne sont pas en retard, comme l'a jugé la cour de Poitiers (2). Les héritiers ne peuvent pas, par leur inaction, nuire à leurs créanciers. Ceux-ci ont un droit absolu d'agir ; l'exercice de ce droit devient inutile lorsque les héritiers procèdent eux-mêmes au partage ; mais du moment que les héritiers n'agissent point, les créanciers rentrent dans la plénitude de leur droit.

L'application du principe n'est pas sans difficulté lorsque le tuteur a procédé à un partage qui, à raison de son irrégularité, est considéré par la loi comme un partage provisionnel. Le partage de jouissance maintient l'indivision, il n'empêche donc pas les créanciers de demander un partage définitif au nom de leur débiteur. Que faut-il décider si le mineur confirme, après sa majorité, ce partage provisionnel? Dans l'opinion que nous avons enseignée, il n'y a pas lieu à la confirmation proprement dite ; si les parties veulent que le partage provisionnel devienne un partage definitif, elles doivent faire une nouvelle convention (n° 283). Supposons qu'il soit intervenu une convention, il y aura partage, et par suite il ne peut plus être question pour les créanciers d'en provoquer un nouveau. Mais si les créanciers avaient agi avant la convention qui a rendu définitif le partage provisionnel, pourrait-on leur opposer cette convention comme une fin de non-recevoir? Nous ne le croyons pas. De quelque manière que l'on envisage la convention qui transforme le partage provi-

(1) Bastia, 24 juin 1833 et Bordeaux, 24 décembre 1834 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 2009).
(2) Poitiers, 10 juin 1851 (Dalloz, 1853, 2, 11).

sionnel en partage définitif, elle ne saurait enlever aux créanciers un droit qui leur est acquis. Est-ce une confirmation? L'article 1338 décide formellement que la confirmation ne préjudicie pas au droit des tiers. Est-ce une convention qui ne fait qu'approuver le partage provisionnel? Le créancier à qui on l'opposerait pourrait la repousser, en disant qu'il a droit à un partage nouveau, dans lequel il interviendra pour sauvegarder ses intérêts. Si c'est un ayant cause, il est très-intéressé à ce que le partage se fasse en sa présence. Si c'est un créancier personnel, il a aussi intérêt à ce que l'on procède à un partage dans lequel il pourra surveiller la composition des lots. C'est dire que sa demande lui donne un droit acquis, droit que la convention intervenue entre les héritiers ne saurait lui enlever (1).

**522**. Il ne faut pas conclure de là que si les créanciers provoquent le partage, les héritiers ne pourront plus le demander. La préférence appartiendrait, en ce cas, aux héritiers. En effet, eux sont les principaux intéressés, les créanciers n'ont aucun intérêt à présider aux opérations du partage; tout ce qu'ils peuvent demander, c'est d'y intervenir. S'ils ont pris l'initiative en provoquant le partage, c'est que les héritiers restaient dans l'inaction, ce qui compromettait leurs droits. Dès que les héritiers agissent, l'action des créanciers n'a plus de raison d'être. Seulement le tribunal, tout en admettant l'action des héritiers, pourrait leur fixer un délai dans lequel ils devraient mettre fin à leur poursuite, et passé lequel les créanciers auraient le droit de la continuer. Cela a été jugé ainsi, et alors même que le tribunal n'aurait pas fixé de délai l'inaction des héritiers autoriserait les créanciers à donner suite à leur demande première (2).

**523**. Quel est l'effet de la demande en partage intentée par les créanciers? Empêche-t-elle l'héritier d'aliéner sa part héréditaire ou les droits indivis qu'il a dans les biens de la succession? La négative est enseignée par les auteurs

(1) Douai, 26 décembre 1853 (Dalloz, 1855, 2, 340).
(2) Paris, 23 janvier 1808 et tribunal de Metz, 12 avril 1850 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 2003).

et consacrée par la jurisprudence (1). On dit que les créanciers ne font qu'exercer les droits de leur débiteur ; or, le débiteur est toujours libre d'aliéner ses biens, et ces aliénations sont toujours valables à l'égard des créanciers personnels, à moins qu'elles ne soient faites en fraude de leurs droits. Le principe est vrai, mais n'en fait-on pas une fausse application? Sans doute, les créanciers ne peuvent pas empêcher leur débiteur d'aliéner, mais ils ont le droit de saisir ses biens, et le saisi ne peut plus aliéner au préjudice du saisissant, parce que la saisie donne un droit au créancier, droit que le saisi ne peut lui enlever. La question est donc de savoir si la demande en partage donne un droit aux créanciers sur les biens que le partage attribuera à son débiteur. A notre avis, ce droit n'est pas douteux. N'est-il pas de principe que le demandeur doit obtenir par sa demande ce que le juge lui attribue, à partir du jour de l'action? Or, le partage provoqué par le créancier est une instance judiciaire, donc il rétroagit, en ce qui concerne le créancier, au jour où l'action est intentée. De ce jour le débiteur ne peut plus disposer librement de ses droits héréditaires. L'article 2205 confirme cette opinion. Il ne permet pas au créancier de vendre les droits indivis de son débiteur ; d'après l'interprétation consacrée par la loi de 1854, le créancier est obligé de provoquer le partage pour pouvoir saisir les biens de la succession : n'est-ce pas dire que la demande en partage est un préliminaire nécessaire de la saisie? et ce préliminaire légal peut-il tourner contre le créancier auquel la loi l'impose?

### N° 2. DU DROIT DE DEMANDER LA NULLITÉ DU PARTAGE.

**524**. L'article 882 règle les droits des créanciers lorsque les héritiers procèdent au partage : ils ne peuvent plus, en ce cas, former une demande en partage au nom de leur débiteur, à moins que les héritiers ne compromettent les intérêts des créanciers par leur négligence ou leur dol (2).

(1) Bordeaux, 29 juin 1848 (Dalloz, 1850, 2, 25). Dutruc, p. 525, n° 556.
(2) Bruxelles, 7 mars 1821 (*Pasicrisie*, 1821, p. 318).

Le partage peut aussi compromettre les intérêts des créanciers. Il en serait ainsi si les héritiers attribuaient au débiteur une part moindre que celle qui lui revient; s'ils le soumettaient au rapport de libéralités qui ne doivent pas être rapportées; ou s'ils mettaient dans son lot des objets mobiliers, des deniers ou des valeurs que l'héritier pourrait facilement dissiper ou détourner au préjudice de ses créanciers; enfin si l'héritier avait disposé d'un immeuble, ou l'avait grevé d'un droit réel, les cohéritiers pourraient faire tomber ces actes en ne mettant pas l'immeuble au lot du disposant. Il y aurait fraude dans toutes ces hypothèses si les copartageants avaient eu pour objet de frauder les droits des créanciers; et la fraude donne aux créanciers le droit de demander la nullité de l'acte frauduleux. Mais l'annulation d'un partage dans lequel plusieurs familles sont intéressées, et qui réagit contre les tiers, donne lieu à tant d'inconvénients, que le législateur a cherché à les prévenir, en conciliant les droits des héritiers et des tiers avec le droit des créanciers. C'est dans ce but que l'article 882 porte : « Les créanciers d'un copartageant, pour éviter que le partage ne soit fait en fraude de leurs droits, peuvent s'opposer à ce qu'il y soit procédé hors de leur présence; ils ont le droit d'y intervenir à leurs frais, mais ils ne peuvent attaquer un partage consommé, à moins qu'il n'y ait été procédé sans eux et au préjudice d'une opposition qu'ils auraient formée. » Ainsi les créanciers ont deux droits, ils peuvent former opposition à ce qu'il soit procédé au partage sans eux, et ils peuvent demander la nullité du partage.

### I. *Du droit d'opposition.*

**525**. L'article 882 dit : « Les créanciers d'un *copartageant*. » Quant aux créanciers de la succession, ils ne peuvent ni provoquer le partage (n° 255), ni s'opposer à ce qu'il y soit procédé hors de leur présence (1); ils n'y ont aucun intérêt, la loi leur donne des moyens plus directs

(1) Turin, 9 janvier 1811 et Poitiers, 21 juillet 1824 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 2016).

de sauvegarder leurs droits; ils peuvent poursuivre les héritiers, et si les héritiers sont insolvables, ils peuvent s'en tenir au gage que leur offre la succession en demandant la séparation de patrimoines.

Tout créancier des copartageants peut former opposition; donc si les héritiers acceptent la succession purement et simplement, les créanciers du défunt devenant créanciers de l'héritier, pourront aussi, en cette qualité, s'opposer à ce qu'il soit procédé au partage hors de leur présence. Sont créanciers tous ceux qui ont une action personnelle contre les héritiers; il a été jugé qu'il suffit d'un droit éventuel (1). En effet, l'opposition est un acte conservatoire; or, le créancier conditionnel peut, avant que la condition soit accomplie, exercer tous les actes conservatoires de son droit (art. 1180).

Les acquéreurs d'immeubles indivis sont créanciers du vendeur, qui est un copartageant, car ils ont contre lui l'action en garantie. Dès lors, ils peuvent former opposition (2). Ils y ont un intérêt direct et majeur; en effet, s'ils ne font pas opposition, et si l'immeuble tombe au lot d'un cohéritier du vendeur, celui-ci peut les évincer, sans qu'ils aient le droit d'attaquer le partage, alors même, comme nous le dirons plus loin, que le partage aurait été fait en fraude de leurs droits (3).

Il arrive assez souvent que les enfants partagent les successions de leurs père et mère confondues dans une seule masse; les créanciers de l'une des successions peuvent avoir intérêt à empêcher cette confusion. Ils doivent former opposition, comme ils en ont le droit, et s'opposer à ce qu'on fasse une seule masse des deux hérédités : il a été jugé que s'ils n'attaquent pas le jugement qui a ordonné le partage des deux successions, s'ils ont, au contraire, accepté toutes les opérations qui en ont été la suite, ainsi que le lotissement, ils ne peuvent plus attaquer le

(1) Grenoble, 19 janvier 1827 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 2014).
(2) Bordeaux, 27 février 1826 et Montpellier, 11 juin 1839 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 2017). Cassation, 14 août 1840 (Dalloz, *ibid.*, n° 2018, 2°).
(3) Nîmes, 5 juillet 1848 (Dalloz, 1848, 2, 147) et Douai, 11 février 1854 (Dalloz, 1855, 2, 32).

partage : ils doivent s'en prendre à eux-mêmes de n'avoir pas agi alors qu'ils avaient le droit d'agir (1).

**526.** L'article 882 définit l'opposition : les créanciers s'opposent à ce qu'il soit procédé au partage hors de leur présence. Ils ont le droit d'assister aux opérations du partage ; les copartageants doivent par conséquent les y appeler. La loi ne dit pas dans quelle forme les créanciers doivent faire leur opposition. C'est un acte extrajudiciaire qui se fait d'ordinaire par exploit d'huissier ; mais comme la loi ne prescrit pas cette forme, la doctrine et la jurisprudence admettent que la signification peut être remplacée par des actes équivalents. Cette matière n'est pas sans difficulté, et bien qu'elle tienne à la procédure plus qu'au droit civil, il faut nous y arrêter, puisqu'elle est d'un intérêt capital pour les créanciers ; toutes les garanties que la loi veut leur assurer dépendent de l'opposition qu'ils ont le droit de former, et il faut naturellement que cette opposition soit régulière.

Il y a dissidence sur un premier point qui est essentiel : A qui l'opposition doit-elle être notifiée? Les auteurs s'accordent à enseigner que l'opposition doit être notifiée à tous les copartageants ; la jurisprudence est hésitante (2). Il y a des arrêts qui exigent la signification à tous les héritiers (3) ; d'autres se contentent d'une notification faite à l'héritier débiteur, et disent que celui-ci est présumé en donner connaissance aux intéressés (4). Il est arrivé que l'opposition a été signifiée aux cohéritiers du débiteur sans l'être au débiteur ; la cour de cassation a jugé que la loi ne détermine pas la forme de l'opposition et n'impose pas l'obligation de la signifier : dans l'espèce, dit la cour, il était constaté par l'arrêt de la cour d'appel que l'opposition était notoire et connue du débiteur (5). Sans

(1) Rejet, 22 mars 1847 (Dalloz, 1847, 1, 287).

(2) Chabot, t. II, p. 650, n° 2 de l'article 882 ; Zachariæ, t. IV, p. 427, n° 27 ; Demolombe, t. XVII, p. 284, n° 231.

(3) Rejet, 24 janvier 1837 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 2033) ; Bourges, 27 août 1852 (Dalloz, 1854, 2, 72).

(4) Bordeaux, 30 novembre 1840 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 2028) et Paris, 15 mars 1860 (Dalloz, 1861, 2, 14).

(5) Rejet, 18 février 1862 (Dalloz, 1862, 1, 224).

doute la loi ne prescrit aucune forme, mais il y a des formes qui tiennent à la substance même de l'acte, et sans lesquelles il n'existe pas. Qu'est-ce que l'opposition? Une défense qui s'adresse à tous les héritiers; ils ne peuvent procéder au partage sans y appeler le créancier opposant; il faut donc qu'ils connaissent l'opposition, et ils ont le plus grand intérêt à la connaître, car le partage qu'ils feraient hors de la présence du créancier opposant serait nul. Dira-t-on, avec la cour de Paris, que le débiteur à qui l'opposition a été signifiée est présumé la faire connaître? Nous demanderons où cette présomption est écrite, et s'il peut y avoir une présomption légale sans loi. Dira-t-on, avec la cour de cassation, que la notoriété suffit? En droit, la notoriété de fait n'a aucune valeur; l'opposition doit être portée à la connaissance individuelle de tous les intéressés; et nous ne voyons d'autre moyen d'atteindre ce but qu'une signification.

**527.** Nous admettons, avec la doctrine (1) et la jurisdence, que l'opposition par exploit d'huissier peut être remplacée par des actes équivalents. Comme le dit la cour de Pau, la loi n'ayant pas déterminé les formes de l'opposition, il doit suffire que le créancier ait manifesté, par des actes ou des poursuites, aux divers copartageants ses droits sur les biens indivis, et son intention de les exercer sur la part de son débiteur (2). Il n'y a pas de doute qu'une demande en intervention notifiée à tous les héritiers n'équivaille à une opposition, car l'article 882 dit que les créanciers ont le droit d'intervenir au partage, et l'opposition n'a d'autre but que de forcer les héritiers à souffrir cette intervention (3).

On admet encore qu'une opposition aux scellés faite dans la forme prescrite par le code de procédure (art. 926 et 927) équivaut à une opposition dans le sens de l'article 882. L'opposition sur scellés ne donne pas aux créanciers de l'héritier le droit d'assister à la levée des scellés (art. 926, 932 et 934 du code de procédure); à moins de

(1) Zachariæ, t. IV, p. 427; Demolombe, t. XVII, p. 285, n° 232.
(2) Pau, 3 février 1855 (Dalloz, 1856, 2, 12).
(3) Zachariæ, édition d'Aubry et Rau, t. IV, p. 428 et note 49.

lui refuser tout effet, on doit donc y voir une opposition au partage. Comme l'opposition aux scellés doit être signifiée au greffier du juge de paix, on admet qu'elle est censée par cela même notifiée à tous les intéressés (1). Cela nous paraît douteux; aucune loi n'oblige le greffier de donner communication de l'opposition aux héritiers; il serait donc plus régulier de la notifier à tous les copartageants. C'est en ce sens, nous semble-t-il, qu'il faut entendre l'arrêt de la cour de cassation qui a décidé que l'opposition aux scellés ne vaut opposition au partage que s'il y a été donné suite (2).

Une saisie-arrêt pratiquée sur un débiteur de la succession n'équivaut pas par elle seule à une opposition au partage. La saisie a un but spécial, c'est de saisir-arrêter la somme due à la succession; elle ne s'adresse pas directement aux copartageants; mais si elle est notifiée à tous les héritiers, cette notification fait connaître aux copartageants l'intention du créancier saisissant d'exercer ses droits sur les objets héréditaires, et par suite son intention d'intervenir au partage. La jurisprudence est en ce sens (3).

La saisie immobilière donne aussi lieu à quelque doute. Il est vrai que le débiteur ne peut plus, après la dénonciation de la saisie, disposer des immeubles saisis. Mais, dans l'espèce, il s'agit d'immeubles indivis; or, d'après la loi du 15 août 1854, les créanciers ne peuvent saisir des immeubles indivis; et en admettant que sous l'empire du code civil ils eussent le droit de saisie (n° 409), toujours est-il que cette saisie est étrangère aux autres héritiers : pour empêcher ceux-ci de disposer de l'immeuble, il faut que notification leur soit faite de la saisie. Quand la saisie est dénoncée à tous les copartageants, alors elle équivaut à une opposition, car elle notifie aux héritiers l'intention

(1) Chabot, t. II, p. 650, n° 2 de l'article 882. Zachariæ, t. IV, p. 428, notes 50 et 51. Demolombe, t. XVII, p. 285, n° 232. Orléans, 1er décembre 1837 et, sur pourvoi, rejet du 9 juillet 1838 et Nancy, 9 janvier 1817 (Dalloz, au mot *Scellés*, nos 93 et 46).

(2) Rejet du 6 juillet 1858 (Dalloz, 1858, 1, 414).

(3) Rejet, 24 janvier 1837 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 2033). Demolombe, t. XVII, p. 285, n° 233).

du créancier d'exercer son droit sur l'immeuble saisi, à l'égard de tous les copartageants, ce qui ne se peut faire qu'en intervenant au partage (1).

**528.** Il résulte de l'article 882 que les créanciers peuvent former opposition jusqu'à ce que le partage soit consommé. Quand le partage est consommé, il ne peut plus être question d'y intervenir. Les créanciers ont donc intérêt à former leur opposition immédiatement. Il a été jugé qu'une opposition faite huit jours après le décès était tardive, le partage étant déjà consommé, sans que l'on pût dire qu'il fût simulé, ni fait en fraude des créanciers (2). Quand le partage est-il *consommé?* La cour de Nîmes a décidé que « le partage n'est réputé consommé qu'autant que les lots sont expédiés définitivement à chacun des copartageants (3). » N'est-ce pas confondre l'exécution de la convention avec la convention? La vente est parfaite et consommée dès qu'il y a concours de consentement, bien que la chose vendue n'ait pas été délivrée. De même le partage est parfait dès que la convention est formée. Dès ce moment il ne peut plus être question d'intervenir dans les opérations du partage, parce que les opérations sont terminées. Il peut y avoir des partages partiels; chacun de ces partages est définitif, et consommé par le concours de consentement des intéressés. La cour de Paris a jugé qu'un partage partiel est réputé consommé dans le sens de l'article 882, quoique la liquidation définitive ait été renvoyée à une autre époque (4).

On a prétendu que l'acte par lequel un héritier réservataire et un légataire de la quotité disponible règlent leurs droits n'est pas un partage, parce que le légataire est tenu de demander la délivrance de son legs à l'héritier saisi. La cour de cassation a repoussé cette singulière prétention; la demande en délivrance se confond en réalité avec

(1) Dutruc, p. 558, n° 526; Zachariæ, t. IV, p. 427, note 48. Cassation, 11 novembre 1840 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 2030). Bourges, 27 août 1852 (Dalloz, 1854, 2, 72). Agen, 11 décembre 1854 (Dalloz, 1856, 2, 12).

(2) Paris, 4 février 1837 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 2036).

(3) Nîmes, 13 mai 1833 et, sur pourvoi, rejet, 4 décembre 1834 (Dalloz au mot *Succession*, n° 2064).

(4) Paris, 4 février 1837 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 2036).

l'action en partage, puisque le droit du légataire s'étend indivisément sur tous les objets qui composent l'hérédité, il faut donc un partage pour déterminer la part du légataire et celle du réservataire (1).

Le partage consommé peut être opposé au créancier qui forme opposition ; mais il faut pour cela que l'acte ait date certaine. C'est le droit commun (2). Faut-il aussi qu'il ait été transcrit en vertu de l'article 1er de la loi hypothécaire? Nous renvoyons la question au titre des *Hypothèques*, où se trouve le siége de la matière.

**529**. L'article 882 dispose que les créanciers peuvent intervenir dans le partage à leurs frais. C'est l'application du principe général; celui dans l'intérêt duquel se font les frais les doit supporter; or, le créancier intervient pour sauvegarder ses droits, ce qui décide la question. Sauf au créancier à exercer son recours contre son débiteur, s'il y a lieu (3). Le principe s'applique non-seulement aux frais de l'intervention proprement dite, mais encore aux frais occasionnés par l'intervention des créanciers opposants dans les opérations du partage, et aux contestations qui en naissent; ces frais se font dans son intérêt et restent à sa charge, alors même qu'il obtiendrait gain de cause (4). Ces frais ne sont pas des frais judiciaires, ils ne sont pas faits dans l'intérêt commun des créanciers; le créancier qui les a avancés n'a qu'une action personnelle contre le débiteur (5).

### II. *Effets de l'opposition.*

**530**. L'article 882 dit que *les créanciers* peuvent s'opposer. Ainsi chacun des créanciers a ce droit; l'opposition est donc un droit individuel, et par conséquent elle ne produit d'effet qu'à l'égard du créancier qui l'a formée. Il a été jugé que l'opposition faite par un créancier ne pro-

(1) Rejet de la chambre civile du 23 décembre 1823 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 2067). Comparez Pau, 28 mai 1834 (Dalloz, *ibid.*, n° 2068).
(2) Marcadé, t. III, p. 299, n° III de l'article 882.
(3) Bordeaux, 17 janvier 1831 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 2020).
(4) Orléans, 28 mars 1843 (Dalloz, 1845, 4, 385).
(5) Orléans, 26 juillet 1849 (Dalloz, 1850, 2, 29).

fite qu'à lui seul et non à ses propres créanciers. C'est l'application d'un principe élémentaire : nul ne peut se prévaloir des actes d'un tiers, lesquels ne pouvant lui nuire, ne peuvent non plus lui profiter (1).

**531.** On admet généralement que l'opposition a cet effet que le débiteur ne peut plus disposer, au préjudice du créancier saisissant, des biens que le partage lui attribuera. La question est douteuse. L'article 882 ne dit pas que tel soit l'effet de l'opposition; d'après le texte du code, l'opposition donne au créancier le droit d'intervenir au partage, afin de veiller à ce qu'il ne se fasse pas en fraude de ses droits; et il peut attaquer le partage s'il y a été procédé sans lui (2). Il faut donc chercher ailleurs les motifs de la mainmise qu'entraîne le droit d'opposition. Quel est le but de l'opposition? C'est d'assurer les droits du créancier sur les biens que le partage attribuera à l'héritier, son débiteur. L'opposition, si elle n'est pas une saisie, tend donc à une saisie. C'est un créancier chirographaire qui veille à ce que le partage ne mette pas au lot de son débiteur des biens que celui-ci pourrait dissiper ou détourner. Il le fait certainement dans l'intention de saisir ces biens dès que le partage sera fait. S'il ne le fait pas immédiatement, c'est que le code civil ne lui permet pas d'exproprier des biens indivis (art. 2205), et d'après la loi de 1854, il ne peut pas même les saisir (n° 409). Le seul moyen de mettre la main sur les biens est de demander le partage, ou, s'il y est procédé par les héritiers, d'y intervenir en formant opposition. Ces deux actes sont également des actes conservatoires; ils doivent donc conserver les droits du créancier. Or, si le débiteur pouvait vendre ses droits successifs, l'opposition, de même que la demande en partage, loin de conserver les droits du créancier, les compromettrait; l'héritier se hâterait d'aliéner, pour soustraire à la poursuite de ses créanciers les biens qui doivent lui

(1) Bordeaux, 3 mai 1833 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 2042). Rejet de la chambre civile du 6 juillet 1858 (Dalloz, 1858, 1, 414). Zachariæ t. IV, p. 429 et note 52. Demolombe, t. XVII, p. 287, n° 236.

(2) Voyez, en ce sens, Douai, 24 mai 1850 (Dalloz, 1851, 2, 86), et un réquisitoire de l'avocat général Donny, dans une affaire jugée par la cour de Gand (*Pasicrisie,* 1864, 2, 312).

échoir par le partage. Dira-t-on que le créancier aura, en ce cas, l'action paulienne (art. 1167)? Mais l'exercice de cette action suppose que le tiers qui contracte avec le débiteur est complice de la fraude; s'il est de bonne foi, le créancier ne peut plus agir. Il faut cependant qu'il ait un moyen efficace de s'assurer son gage; et pendant l'indivision, il n'y en a pas d'autre que l'opposition. On objecte que les créanciers personnels ne peuvent pas empêcher le débiteur d'aliéner; cela est vrai aussi longtemps qu'ils n'exercent pas leurs droits sur ces biens, mais du moment qu'ils agissent, on ne peut plus permettre au débiteur d'enlever aux créanciers le gage que la loi leur donne sur ces biens. L'opposition, quant aux biens indivis, doit être considérée comme un commencement de saisie. En théorie, la doctrine générale se justifie donc parfaitement (1); la jurisprudence s'est prononcée dans le même sens (2). Toutefois le silence de la loi laisse subsister quelque doute.

**532**. L'application de ces principes donne lieu à quelques difficultés. Il est certain que l'opposition ne donne pas au créancier un droit de préférence sur les biens que le partage attribuera à son débiteur; il n'y a pas de privilége sans loi; or, dans l'espèce, la loi est muette. Le créancier opposant ne fait qu'user du droit qui appartient à tout créancier sur les biens de son débiteur, mais il reste créancier personnel, et entre les créanciers personnels il n'y a pas de préférence. Il a été jugé, par application de ce principe, que si, après l'opposition faite par un créancier, l'héritier cède ses droits successifs à un autre créancier de bonne foi, celui-ci concourra avec le premier sur les biens qui seront mis au lot de leur débiteur commun. La signification du transport a été considérée comme une opposition; il y avait donc deux créanciers opposants, et comme aucune loi ne donne une préférence au premier, ils devaient concourir (3).

(1) Dutruc, p. 574, nº 538. Demolombe, t. XVII, p. 288, nº 238.
(2) Paris 19 janvier 1843 (Dalloz, au mot *Succession*, nº 2039) et 18 février 1853 (Dalloz, 1855, 2, 77). Rejet du 18 février 1862 (Dalloz, 1862, 1, 224). Comparez Gand, 27 novembre 1863 (*Pasicrisie*, 1864, 2, 311); la cour reconnaît au créancier un droit de suite, ce qui équivaut à une mainmise.
(3) Paris, 15 mars 1860 (Dalloz, 1861, 2, 14).

La cour de Paris a encore jugé que l'opposition formée par un premier créancier, antérieurement au transport que l'héritier fait de ses droits successifs, profite au créancier qui ne forme opposition que postérieurement à ce transport. Dans l'espèce, le premier opposant avait donné mainlevée de son opposition; il ne restait qu'une opposition faite après le transport; cette opposition pouvait-elle nuire à l'acquéreur, en ce sens que le transport restât sans effet à l'égard du second opposant? La cour de Paris a jugé en faveur du second opposant, mais sa décision n'étant pas motivée, n'a aucune autorité doctrinale (1). Elle viole les principes les plus élémentaires de droit. Le créancier a-t-il encore une action sur les biens sortis du patrimoine de son débiteur? Nous supposons que toutes les formalités prescrites par la loi ont été remplies; la cession de droits successifs a été signifiée au débiteur, comme le veut l'article 1690, en supposant que cet article soit applicable à la vente d'une hérédité; le droit héréditaire n'est donc plus dans le patrimoine de l'héritier; dès lors il échappe à l'action du créancier, à moins que le transport n'ait été fait en fraude de ses droits (art. 1167). L'opposition formée avant le transport ne peut pas être invoquée par le second opposant, parce que cette opposition a été levée. Si elle avait encore subsisté, elle aurait empêché le transport, l'hérédité serait restée dans la main de l'héritier, et par suite elle aurait pu être l'objet d'une nouvelle opposition. Encore cela est-il douteux, et l'opinion contraire nous paraît préférable. En effet, l'opposition étant un droit individuel, le premier opposant peut bien l'invoquer pour attaquer le transport, mais la nullité ne sera prononcée que dans son intérêt; l'acte restera valable à l'égard du créancier dont l'opposition est tardive, car il ne peut se prévaloir de l'opposition d'un autre créancier.

**533**. Aux termes de l'article 882, les créanciers peuvent s'opposer à ce qu'il soit procédé au partage hors de leur présence. Il suit de là qu'ils doivent être appelés à toutes les opérations du partage. On a demandé si la vente

(1) Paris, 18 février 1853 (Dalloz, 1855, 2, 77, et la note de l'arrêtiste).

ou licitation des biens communs est une opération de partage, à laquelle les héritiers doivent appeler les créanciers opposants. L'affirmative n'est pas douteuse. En traitant de l'action en partage et de sa forme, le code s'occupe de la vente des biens héréditaires; cette vente est indispensable quand les immeubles ne peuvent pas se partager commodément (art. 827); la vente est donc une opération préliminaire du partage; les créanciers opposants ont droit et intérêt à y assister, comme ils auraient droit à s'y opposer si les immeubles étaient partageables. La licitation peut même constituer tout le partage, si la succession ne se compose que des immeubles licités; aussi l'article 883 met-il la licitation sur la même ligne que le partage. Il y a un arrêt de la cour de Gand en ce sens; à notre avis, il n'y a aucun doute (1).

De ce que les créanciers doivent être appelés au partage, faut-il conclure qu'ils peuvent s'opposer à ce que les héritiers veulent faire? Ils le peuvent, mais à une condition, c'est que l'opération à laquelle ils s'opposent soit faite en fraude de leurs droits; car c'est là l'objet de leur opposition, c'est dans ce but qu'ils interviennent : l'article 882 le dit en termes formels. Les héritiers sont d'accord pour partager les biens en nature, en mettant les immeubles dans les lots attribués à deux d'entre eux; le créancier pourra-t-il exiger la vente par licitation? Non, à moins qu'il ne prouve que ce mode de partager les biens ait été adopté pour faire fraude à ses droits. S'il n'y a aucune fraude, les héritiers sont libres de partager les biens comme ils l'entendent; le seul intérêt qu'ait, en ce cas, le créancier opposant, c'est que les biens soient estimés à leur juste valeur : il pourra provoquer une expertise (2).

De même si les biens sont grevés de rentes, et si les héritiers veulent les partager sans rembourser les rentes, ils en ont le droit; le créancier opposant ne peut pas exiger que les dettes hypothécaires soient payées avant le partage, à moins que ce mode de partager ne soit fraudu-

(1) Gand, 23 mars 1857 (*Pasicrisie*, 1858, 2, 13).
(2) Bruxelles, 7 avril 1852 (*Pasicrisie*, 1852, 2, 272).

leux. Dans l'espèce où la question s'est présentée, les créanciers n'avaient aucun intérêt au remboursement préalable des rentes : les rentes étant anciennes et constituées à un taux fort bas, l'intérêt des héritiers aussi bien que des créanciers demandait, au contraire, qu'elles ne fussent pas remboursées (1).

On voit par ces applications empruntées à la jurisprudence, que l'intervention des créanciers n'est pas sans inconvénient; ils suscitent des difficultés et des procès, souvent par esprit de chicane. C'est aux tribunaux à réprimer ces abus, en maintenant le droit des héritiers contre les exigences injustes des créanciers; il va sans dire que ceux-ci supporteront les frais des contestations qu'ils auront soulevées sans y avoir intérêt.

**534.** Les créanciers ont fait opposition; les héritiers n'en tiennent aucun compte, ils procèdent au partage sans y appeler les créanciers opposants. Quel est, en ce cas, le droit des créanciers? L'article 882 répond à la question : les créanciers peuvent attaquer le partage auquel il a été procédé sans eux et au préjudice de l'opposition qu'ils ont formée. Il résulte de là que le partage n'est pas radicalement nul ou inexistant, comme il le serait si un héritier n'y était pas appelé(2). Les créanciers ne sont pas des héritiers; leur débiteur figure au partage, on le suppose; dès lors, le partage existe, mais l'article 882 donne aux créanciers opposants le droit de l'attaquer. Il faut donc qu'ils agissent en nullité. Quel est le fondement de leur action? Est-ce la fraude? Non; ils n'intentent pas l'action paulienne (art. 1167); ils agissent en vertu de l'article 882; or, tout ce que cet article exige, c'est que le partage ait été fait hors de leur présence et au préjudice de l'opposition par eux formée. Il ne suffit donc pas que les héritiers aient procédé au partage sans les créanciers pour que ceux-ci aient le droit de l'attaquer; il faut que le partage leur cause un préjudice. Si le partage ne lèse pas leurs intérêts, ils n'ont pas le droit d'en demander la nullité,

(1) Bruxelles, 18 janvier 1851 (*Pasicrisie*, 1853, 2, 20).

(2) La cour de Douai dit que le partage est considéré comme *non avenu.* Arrêt du 26 décembre 1853 (Dalloz, 1855, 2, 340).

car il n'y a pas d'action sans intérêt. Mais le préjudice suffit; ils ne doivent pas prouver la fraude. La loi ne l'exige pas (1). C'est une différence entre l'action de l'article 882 et l'action paulienne. Il y a ici quelque chose d'anomal. L'article 882 ne fait qu'appliquer le principe établi par l'article 1167, en soumettant l'exercice de l'action à une condition spéciale, comme nous le dirons plus loin. Aussi la loi commence-t-elle par dire que les créanciers peuvent former opposition pour éviter que le partage ne soit fait en *fraude de leurs droits* : c'est l'expression de l'article 1167. Mais à la fin de l'article 882, il n'est plus question de fraude, la loi ne parle que de *préjudice*. On ne peut expliquer cette anomalie qu'en admettant que le législateur présume la fraude par cela seul que les héritiers ont procédé au partage sans les créanciers opposants, et qu'il en est résulté un préjudice pour ceux-ci, et cette présomption a certainement pour elle toutes les probabilités. Tandis que, dans l'article 1167, il s'agit d'actes auxquels les créanciers ne devaient pas être appelés; on ne pouvait donc pas présumer la fraude, c'est, au contraire, la bonne foi qui se présume; donc c'est aux créanciers à prouver la fraude.

Les créanciers ont le droit d'attaquer le partage, alors même qu'il comprendrait plusieurs successions et que les opposants ne seraient créanciers que de l'une des successions. Cela a été jugé ainsi par la cour de cassation (2), et la question n'est pas douteuse. Les héritiers ayant réuni les deux successions en une masse, le partage devient indivisible, en ce sens que les créanciers opposants doivent être appelés à toutes les opérations de ce partage, bien qu'il comprenne une succession sur laquelle ils n'ont aucune prétention : de là suit que la demande en nullité est aussi indivisible, le créancier ne pouvant pas séparer ce que les héritiers ont uni (2).

**535.** Les créanciers opposants n'ont-ils pas d'autre

(1) Pau, 3 février 1855 (Dalloz, 1856, 2, 13). Rejet, 22 décembre 1869 (Dalloz, 1870, 1, 253).
(2) Arrêt de rejet de la chambre civile, 14 novembre 1853 (Dalloz, 1853, 2, 325).

action que l'action en nullité? Il a été jugé que les créanciers peuvent se contenter de réclamer des dommages-intérêts (1). Le texte laisse quelque doute, mais les principes n'en laissent aucun. Si l'article 882 ne parle que du droit d'attaquer le partage, c'est que le but de la loi était de déterminer les conditions sous lesquelles les créanciers peuvent intenter l'action paulienne contre un partage fait en fraude de leurs droits. La loi ne parle pas d'une action en dommages-intérêts, parce que les principes généraux suffisent pour décider la question en faveur des créanciers. Tout fait quelconque de l'homme, dit l'article 1382, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer. Cette disposition reçoit son application au fait des héritiers qui procèdent aux opérations du partage, au mépris de l'opposition d'un créancier. L'action en nullité est aussi fondée sur un préjudice : qui veut le plus peut le moins; si, à raison d'un préjudice, les créanciers peuvent agir en nullité, à plus forte raison peuvent-ils se contenter de dommages-intérêts.

III. *Droits des créanciers non opposants.*

**536.** Quels sont les droits des créanciers non opposants lorsqu'un partage fait sans eux leur porte préjudice? La question est vivement controversée. Il y a quelques points sur lesquels il n'y a aucun doute; nous en dirons un mot. La loi donne deux droits aux créanciers. Ils peuvent d'abord exercer tous les droits et actions de leur débiteur (art. 1166). Par application de ce principe, ils peuvent demander le partage de la succession au nom de l'héritier leur débiteur. Si c'est le débiteur qui procède au partage, et s'il a une action quelconque pour en provoquer la nullité, les créanciers peuvent l'exercer en son nom. Cela n'est pas douteux. Le droit consacré par l'article 1166 est général, il reçoit son application dans tous les cas, à moins que l'action qu'il s'agit d'exercer ne soit attachée exclusivement à la personne du débiteur; or, les

(1) Gand, 23 mars 1857 (*Pasicrisie*, 1858, 2, 13).

actions concernant le partage sont purement pécuniaires ce qui est décisif (1).

**537.** Les créanciers ont aussi le droit d'attaquer les actes faits par leur débiteur en fraude de leurs droits ; l'article 1167 ajoute cette restriction : « Ils doivent néanmoins, quant à leurs droits énoncés au titre des *Successions,* se conformer aux règles qui y sont prescrites. » Il y a des dispositions spéciales en matière de partage ; tel est l'article 882, qui a donné lieu à tant de controverses. Ce n'est pas à dire que l'action paulienne, exercée par les créanciers contre le partage fait par leur débiteur, ne reste soumise aux principes généraux qui régissent cette action : ces principes conservent toute leur force, en tant que l'article 882 n'y déroge point. Tel est le principe fondamental concernant le droit d'agir. L'action paulienne se fonde sur le préjudice que les créanciers éprouvent par l'acte que le débiteur a fait en fraude de leurs droits ; ce qui suppose que les créanciers sont antérieurs à l'acte frauduleux ; ceux qui traitent après cet acte ne peuvent pas se plaindre qu'il diminue le patrimoine de leur débiteur, puisque le patrimoine était déjà diminué au moment où leur créance est née. Ce principe s'applique sans doute aucun à l'action que les créanciers exercent en vertu de l'article 882 (2). Il en est de même des autres principes qui régissent l'action paulienne et que nous exposerons au titre des *Obligations,* sauf l'exception établie par l'article 882 : c'est sur la portée de cette exception qu'il y a une grande divergence d'opinions.

**538.** L'on a dit, et avec raison, que la question est décidée par le texte de la loi (3). Il s'agit de savoir si les créanciers non opposants peuvent attaquer le partage fait par leur débiteur en fraude de leurs droits. Ils le pourraient en vertu du principe général posé par l'article 1167 ;

(1) Chabot, t. II, p. 650, n° 3 de l'article 882. Zachariæ, t. IV, p. 429, note 53.

(2) Rejet, 14 novembre 1854 (Dalloz, 1855, 1, 346).

(3) Massé et Vergé sur Zachariæ, t. II, p. 390, note 37. Voyez, dans le même sens, Demolombe, t. XVII, p. 291, n° 241, et les auteurs qu'il cite. L'opinion contraire est enseignée par Dutruc, n° 532, et les auteurs qu'il cite. Comparez Dalloz, *Répertoire,* au mot *Succession,* n° 2046.

en effet, l'action paulienne est admise contre tout acte frauduleux. Mais le second alinéa ajoute une restriction à la règle générale établie par le premier. Il porte que les créanciers doivent néanmoins, quant à leurs droits énoncés au titre des *Successions*, se conformer aux règles qui y sont prescrites. Quelles sont ces règles? L'article 882 nous les fait connaître. Le but de l'action paulienne est de garantir les créanciers contre la fraude de leur débiteur. Eh bien, l'article 882 leur donne un moyen très-facile « d'éviter que le partage ne soit fait en fraude de leurs droits; » c'est de « s'opposer à ce qu'il y soit procédé hors de leur présence. » S'ils forment opposition, ils doivent être appelés à toutes les opérations du partage; et à la moindre fraude qu'ils aperçoivent, ils peuvent réclamer. Ne les appelle-t-on pas au partage, malgré leur opposition, ils ont le droit d'attaquer le partage; la loi n'exige même plus qu'ils prouvent la fraude, preuve toujours très-difficile; il suffit, d'après le texte de l'article 882, qu'il ait été procédé au partage sans eux, et au *préjudice* de l'opposition qu'ils ont formée. Voilà leurs droits entièrement sauvegardés, mieux que ne le fait l'article 1167; la seule chose que l'article 882 exige des créanciers, c'est qu'ils veillent eux-mêmes à leurs intérêts en formant opposition.

C'est là la règle à laquelle, selon l'article 1167, ils doivent se conformer en matière de succession; s'ils ne le font pas, ils ne peuvent plus demander la nullité du partage. L'article 882 est formel; après avoir dit que les créanciers ont le droit d'intervenir au partage à leurs frais, la loi ajoute : « Mais ils ne peuvent attaquer un partage consommé, à moins toutefois qu'il n'y ait été procédé sans eux et au préjudice d'une opposition qu'ils auraient formée. » L'opposition est donc la condition essentielle requise pour que les créanciers puissent attaquer un partage auquel, malgré leur opposition, il a été procédé sans eux. S'ils ne forment pas opposition, on applique cette disposition formelle : « ils ne peuvent attaquer un partage consommé. » Tels sont les textes; certes, il n'y en a pas de plus clairs. Cependant la cour de Gand invoque le texte

en faveur de l'opinion contraire (1). Le respect que nous avons pour la cour nous oblige à insister sur ce que nous considérons comme une erreur. Aux termes de l'article 1167, il y aurait deux exceptions au principe qu'il pose : l'une au titre du *Contrat de mariage*, l'autre au titre des *Successions*. Or, on en chercherait vainement au premier titre, et il n'y en a pas davantage à l'autre. Tout ce qui résulte de l'article 882, dit la cour, c'est que les créanciers ont un droit de plus, celui d'attaquer le partage pour simple préjudice, quand ils ont formé opposition. Nous avons d'avance répondu à ce dernier argument. Le premier aboutit à effacer l'article 1167, 2e alinéa. Or, l'interprète n'a pas ce droit-là. S'il arrive au législateur de se tromper, il faut que l'erreur soit palpable pour qu'on puisse l'admettre. Et, dans l'espèce, le sens littéral de la loi est en harmonie avec les vrais principes; il faut altérer le texte pour y découvrir le sens que la cour de Gand lui donne. Et l'interprète n'a pas plus le droit d'altérer le texte que de retrancher une disposition de la loi.

La cour de Gand invoque encore les principes généraux qui régissent les actes frauduleux : la fraude, dit-on, fait toujours exception, la loi ne peut pas maintenir un acte frauduleux, la conscience se révolte contre une pareille supposition. Sans doute le législateur doit écouter la voix de la conscience; ce sont de mauvaises lois que celles qui violent le sens moral. Voyons si les articles 1167 et 882, tels que nous venons de les interpréter, méritent ce reproche. La question est de savoir pourquoi l'article 882 déroge au principe général qui permet aux créanciers d'attaquer tous les actes de leur débiteur pour cause de fraude. Nous avons déjà indiqué la raison, c'est que le législateur a voulu concilier les intérêts nombreux qui sont engagés dans un partage avec l'intérêt des créanciers. A la différence des actes ordinaires qui se passent entre deux personnes, le partage se fait entre deux familles, dès que les ascendants ou les collatéraux sont appelés à l'hérédité; et alors que ce sont les descendants, il est bien

(1) Gand, 25 janvier 1856 (*Pasicrisie*. 1856, 2, 181).

rare qu'il n'y ait que deux copartageants. Or, les copartageants disposent d'ordinaire des biens compris dans leurs lots, soit en les aliénant, soit en les grevant d'hypothèques. Le partage est-il annulé, tous ces intérêts seront compromis, il y aura une foule d'actions récursoires qui troubleront les relations civiles. Y a-t-il un moyen de prévenir ces nombreux inconvénients, en mettant les partages à l'abri de l'attaque des créanciers? Ici, nous entrons dans le cœur du débat. Que des inconvénients résultent de l'annulation des partages, on ne le nie pas; mais ces inconvénients n'ont pas arrêté le législateur quand il s'agit des actes ordinaires, il permet de les attaquer pour cause de fraude : pourquoi ne permettrait-il pas d'attaquer des partages frauduleux? C'est que dans les partages il y a un moyen facile de sauvegarder pleinement les intérêts des créanciers, tout en leur défendant d'attaquer les partages consommés : l'article 882 les autorise à y intervenir et à veiller eux-mêmes à leurs droits. Si on les y appelle, ils ne peuvent certes pas se plaindre, puisqu'il dépend d'eux d'attaquer chaque opération qui leur paraîtrait frauduleuse; pour mieux dire, leur présence seule arrêtera d'ordinaire toute tentative de fraude. Que si on ne les appelle pas au partage, il suffira qu'ils prouvent que le partage leur est préjudiciable, pour qu'ils aient le droit de l'attaquer. La garantie est complète. Demandera-t-on pourquoi la loi ne suit pas le même système pour tous les actes juridiques qui intéressent les créanciers? La raison en est simple, c'est que la chose est impossible. Les partages s'annoncent par un fait public, la mort; dès ce moment, l'attention des créanciers est éveillée, ils peuvent de suite former opposition au futur partage, et par là tous leurs droits sont saufs. Tandis que les ventes et autres actes se font en secret; quand ils sont rendus publics, par la possession ou par une publicité légale, tout est consommé; la loi, ne pouvant pas prévenir les actes frauduleux, a dû les frapper de nullité. Les partages, au contraire, pour peu qu'ils soient importants, se prolongent nécessairement à cause des diverses opérations auxquelles ils donnent lieu; il y a donc moyen d'organiser l'intervention des

créanciers, intervention qui ne se conçoit pas dans les actes ordinaires.

Ces considérations justifient la dérogation que l'article 882 apporte à l'article 1167. Certes les créanciers doivent s'en féliciter; car la loi leur donne un moyen plus facile et plus efficace de sauvegarder leurs droits que l'action paulienne. Il est vrai qu'ils ne peuvent pas attaquer les partages consommés, fussent-ils frauduleux, quand ils n'ont pas formé opposition; mais de quoi se plaindraient-ils quand eux-mêmes ont négligé de veiller à leurs intérêts? Diront-ils qu'il eût été plus simple de maintenir pour le partage la règle générale de l'action paulienne? Ce serait faire le procès à la loi, et ce procès serait très-injuste. Rien de plus facile, en apparence, que l'action paulienne: et rien de plus difficile en réalité. Il faut prouver la fraude de toutes les parties contractantes; cette preuve, déjà difficile pour le débiteur, est souvent impossible à l'égard des tiers. La loi, bien loin d'aggraver la condition des créanciers, en matière de partage, l'a donc améliorée, en leur permettant d'éviter un partage frauduleux. Mais enfin, dira-t-on, si les créanciers négligent, peut-être par ignorance, de former opposition, est-ce une raison de maintenir un partage fait en fraude de leurs droits? Nous répondons que la morale que l'on invoque n'est pas plus blessée que le droit strict. N'est-ce pas une chose morale que de prévenir des actes frauduleux? ne vaut-il pas mieux les empêcher que d'avoir ensuite à les annuler? Quand on les annule, des tiers, auxquels aucune faute n'est imputable, sont lésés; tandis que les intérêts des tiers sont respectés si les créanciers usent du droit que la loi leur donne. Leur négligence, leur ignorance peuvent-elles prévaloir contre l'intérêt de tous?

La cour de cassation s'est prononcée pour l'opinion que nous venons de soutenir (1); il faut espérer que l'arrêt de principe qu'elle a rendu mettra fin à la divergence qui a régné jusqu'ici dans la jurisprudence et dans la doctrine.

(1) Arrêt de rejet du 9 juillet 1866, rendu sur les conclusions conformes de l'avocat général Fabre (Dalloz, 1866, 1, 369). Dans le même sens, Bor-

Ces dissentiments ne se seraient jamais produits si les auteurs et les tribunaux avaient plus de respect pour le texte de la loi.

**539.** La jurisprudence et la doctrine admettent des restrictions au principe établi par l'article 882. D'abord les créanciers peuvent attaquer un partage fait sans qu'ils aient formé opposition, lorsque le partage est simulé. Un partage simulé, dit très-bien la cour de cassation, n'a pas d'existence (1); c'est l'application d'un vieil adage : *Quod simulatur, fingitur non esse.* On ne peut appliquer l'article 882 à un partage simulé. Quand la loi refuse aux créanciers non opposants le droit d'attaquer un partage frauduleux, elle entend parler d'un partage réel, qui fait cesser l'indivision, qui a pour objet de distribuer les biens entre les héritiers : les créanciers peuvent y intervenir, ce qui sauvegarde entièrement leurs droits. Autre chose est un partage simulé, c'est-à-dire le néant. Le texte de l'article 882 n'est plus applicable; il ne peut pas s'agir d'attaquer un partage inexistant, on ne demande pas la nullité du néant. Il en est de même de l'esprit de la loi. Elle a entendu protéger les intérêts des familles copartageantes et des tiers qui traitent avec elles. Or, quand le partage est simulé, les héritiers restent en état d'indivision, ils ne peuvent pas traiter avec les tiers comme copartageants, puisqu'il n'y a pas de partage.

Le principe n'est pas douteux, mais l'application n'est pas sans difficulté, parce qu'il est parfois difficile de distinguer un partage simulé d'un partage frauduleux. Il faut s'en tenir à la décision de la cour de cassation. Un partage simulé n'a pas d'existence légale, ce n'est qu'une apparence de partage; en réalité, l'indivision continue. La cour a décidé qu'il y a partage simulé lorsque les héritiers

deaux, 3 mai 1833; Riom, 23 juillet 1838 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 2047); Douai, 7 juin 1848 (Dalloz, 1849, 2, 194) et 15 décembre 1851 (Dalloz 1854, 5, 540). Il y a un grand nombre d'arrêts en sens contraire. Ils sont cités dans la note qui accompagne l'arrêt de la cour de cassation; cette note résume la doctrine et la jurisprudence. Il faut ajouter l'arrêt de Gand précité.

(1) Rejet, 10 mars 1825 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 2055). Comparez Demolombe, t. XVII, p. 294, n° 242.

impose, sinon malgré lui, du moins sans consulter sa volonté. Vainement dit-on que le donateur n'a qu'à donner avec dispense de rapport. Ne pourrait-il pas répondre qu'il donne avec dispense par cela seul qu'il fait une libéralité en toute propriété? Il est si vrai que l'intention du donateur est presque toujours de dispenser le donataire du rapport, que la jurisprudence, qui s'inspire surtout des faits et des circonstances de la cause, a étendu les dispenses à tel point que le rapport devient presque l'exception. C'est faire une loi nouvelle; il faut respecter la loi et l'appliquer, alors même que le système du code serait vicieux (1).

**547.** Les auteurs mêmes qui cherchent à justifier, tant bien que mal, l'obligation du rapport, en ce qui concerne les donations entre vifs, avouent que le rapport des legs est en opposition avec la volonté du testateur (2). On peut, à la rigueur, transformer une donation de propriété en une donation de jouissance; le donataire profitera au moins des fruits et des revenus. Mais que devient le legs fait sans préciput à l'un des héritiers? L'article 843 répond qu'il ne peut le réclamer; le legs est donc caduc; au moment même où il s'ouvre, la loi l'anéantit. Certes on ne dira pas que la loi a suivi, en ce cas, la volonté du testateur. Le testateur, en faisant un legs à son héritier, veut que cette libéralité lui profite; eh bien, la loi l'annule, elle se met donc en opposition ouverte avec l'intention du défunt. Vainement dit-on que la loi veut l'égalité; elle la veut pour autant que le défunt la veuille. Or, le défunt a le droit de ne pas la vouloir, et il ne la veut certes pas quand il fait à son héritier une libéralité qui ne doit s'ouvrir qu'à son décès; et le législateur ne doit-il pas se conformer à la volonté du défunt? En présence d'une loi qui méconnaît la volonté du défunt, tout en prétendant s'y conformer, nous comprenons que les tribunaux mettent souvent la volonté du testateur au-dessus de la loi. C'est un autre

(1) Duranton, t. VII, p. 311, n° 213; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, p. 483, n° 701; Demante, t. III, p. 264, n° 177.

(2) Chabot, t. II, p. 346, n° 10 de l'article 843. Duranton, t. VII, p. 308 et 313, n$^{os}$ 207 et 213.

de l'article 1167. Considérée comme partage, elle serait inattaquable pour cause de fraude; mais dans l'espèce, le partage ne sert que de forme, il donne une fausse apparence à l'acte véritable qui se fait entre les parties, c'est dire qu'il est simulé. Ce qui distingue cette espèce des autres, c'est qu'il y a un acte réel déguisé sous la forme d'un acte simulé. Pour en apprécier les effets, il faut laisser là le déguisement et s'en tenir à l'essence de l'acte.

**540**. Il est aussi de jurisprudence que l'article 882 n'est pas applicable lorsque les héritiers mettent une précipitation franduleuse à procéder au partage, afin d'empêcher les créanciers de former opposition et d'intervenir (1). La décision est fondée en droit et en équité. Si l'article 882 ne permet pas aux créanciers d'attaquer un partage consommé, c'est que la loi leur donne un moyen plus facile tout ensemble et plus efficace de veiller à leurs intérêts; ils peuvent former opposition au partage et y intervenir. Lorsque l'opposition est faite et que les héritiers procèdent au partage hors la présence des créanciers, ceux-ci ont le droit d'en demander la nullité. Ainsi l'opposition est la condition sous laquelle les créanciers peuvent attaquer le partage. Or, l'on suppose que par la précipitation doleuse que les héritiers ont mise à partager, les créanciers se sont trouvés dans l'impossibilité de former opposition; il y a donc lieu d'appliquer l'article 1178, aux termes duquel la condition est réputée accomplie quand c'est le débiteur qui en a empêché l'accomplissement. Cela est aussi fondé en raison. Ce qui justifie la dérogation que l'article 882 apporte à l'article 1167, c'est que les créanciers ont négligé de former opposition; or, peut-on leur reprocher de n'avoir pas agi, alors que par le fait et le dol des héritiers ils ont été dans l'impossibilité d'agir? Dans l'espèce jugée par la cour de Limoges, deux frères partagèrent la succession de leur mère le lendemain de sa mort; ils multiplièrent les actes de dol et de fraude afin de soustraire

(1) Limoges, 15 avril 1856 et Rejet, 4 février 1857 (Dalloz, 1857, 2, 22, et 1857, 1, 255). Colmar, 16 mars 1869 et Rejet, 14 février 1870 (Dalloz, 1871, 1, 21). Comparez Demante, t. III, p. 354, n° 254 *bis*, suivi par Demolombe, XVII, p. 295, n° 243.

les valeurs qui revenaient à l'un d'eux à l'action de ses créanciers; par suite de cette collusion et de la précipitation qu'ils mirent à partager les biens, sans les avoir estimés et sans connaître l'état des dettes, ils empêchèrent les créanciers de former opposition : le partage était consommé avant que le décès ne fût connu! Il faut flétrir ces fraudes, d'autant plus honteuses qu'elles étaient pratiquées par des nobles!

**541.** La fraude et la simulation jouent un rôle trop fréquent dans les procès, même dans les procès entre proches parents, comme le sont souvent les contestations en matière de partage. Comment prouve-t-on la fraude et la simulation? Elles se prouvent par tous moyens de preuve, même par témoins, même par présomptions, comme nous le dirons au titre des *Obligations* (art. 1348 et 1353). C'est le droit commun, mais il en faut faire l'application avec une restriction qui est aussi de droit commun. Si le dol, la fraude et la simulation se prouvent par témoins et par présomptions, c'est que les parties intéressées ont été dans l'impossibilité de se procurer une preuve littérale; dans tous les cas où elles ont pu se procurer un écrit, l'on n'est plus dans l'exception prévue par les articles 1348 et 1353; on rentre donc dans la règle générale qui prohibe la preuve par témoins, dans les cas où la valeur du fait juridique dépasse cent cinquante francs (art. 1341). Quand il s'agit du partage, il faut donc distinguer si ce sont les créanciers qui l'attaquent; ils peuvent prouver la fraude et la simulation par témoins et par présomptions, lorsque les héritiers ne les appellent pas au partage malgré leur opposition; car restant étrangers aux opérations du partage, ils n'ont pas pu demander qu'on dressât un écrit. Si, au contraire, ils y interviennent, ils peuvent attaquer toutes les opérations comme frauduleuses; dans ce cas, ils peuvent et ils doivent se procurer une preuve littérale de ce qui se fait en leur présence, sauf ensuite à prouver par témoins ou par présomptions les faits de dol et de fraude. Il y a quelque hésitation dans la jurisprudence (1), mais

(1) Bordeaux, 27 février 1826 et Montpellier, 11 juin 1839 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 2059).

les principes ne laissent aucun doute, nous y reviendrons au titre des *Obligations*.

**512**. Les héritiers peuvent faire fraude aux droits des créanciers en antidatant un partage sous seing privé; les créanciers opposants seront-ils admis à prouver l'antidate? Il faut appliquer les principes généraux sur la date des écrits. Aux termes de l'article 1328, « les actes sous seing privé n'ont de date certaine contre les *tiers* que du jour où ils ont été enregistrés, du jour de la mort de celui ou de l'un de ceux qui les ont souscrits, ou du jour où leur substance est constatée dans des actes dressés par des officiers publics, tels que procès-verbaux de scellé ou d'inventaire. » Les créanciers sont-ils des tiers dans le sens de l'article 1328? Lorsqu'ils exercent les droits de leur débiteur, en intentant en son nom une action en partage, ils ne sont pas des tiers, ils sont des ayants cause universels; pour mieux dire, c'est le débiteur lui-même qui est censé agir; donc les actes qui ont date certaine à l'égard du débiteur peuvent aussi être opposés aux créanciers. Mais quand ils agissent en vertu de l'article 882, ils agissent en leur nom et contre leur débiteur; donc ils sont des tiers, et il faut leur appliquer l'article 1328. Cela est aussi fondé en raison. Si le débiteur ou les autres héritiers pouvaient opposer aux créanciers un partage sous seing privé non enregistré, ils pourraient toujours éluder le droit d'opposition en antidatant l'acte. C'est l'opinion générale, sauf le dissentiment de Toullier, sur lequel nous reviendrons au titre des *Obligations* (1).

**513**. L'article 882 dit : « les *créanciers* d'un copartageant. » Quels sont les créanciers auxquels l'article 882 est applicable? Le texte décide la question, il parle des créanciers en général; donc tout créancier doit se conformer à ses dispositions. Il a été jugé que la femme, créancière de son mari, qui a négligé de former opposition au partage d'une succession à laquelle le mari était appelé, ne peut plus l'attaquer comme étant fait en fraude de ses droits (2). Cela n'est pas douteux.

(1) Voyez les auteurs cités par Dalloz, au mot *Succession*, n° 2045.
(2) Bruxelles, 13 décembre 1845 (*Pasicrisie*, 1847, 2, 128).

Sont encore créanciers les tiers détenteurs d'immeubles vendus par l'un des héritiers pendant l'indivision; on les appelle des ayants cause, mais ils sont aussi créanciers, puisque comme acheteurs ils ont droit à la garantie contre l'héritier vendeur (1). La cour de Douai a jugé que le cessionnaire de droits indivis qui ne fait pas notifier son titre aux cohéritiers du cédant, et qui ne forme pas opposition à ce qu'il soit procédé sans lui au partage, n'est pas recevable à l'attaquer, quand il a été consommé en son absence. On objectait, dans l'espèce, que l'article 1690 n'est pas applicable à la cession de l'hérédité. La cour répond, et la réponse est péremptoire, qu'elle n'invoque pas l'article 1690, mais l'article 882. Rien de plus juste d'ailleurs. Comment peut-on reprocher aux copartageants de n'avoir pas appelé aux opérations du partage un cessionnaire qu'ils ne connaissent point? Il faut donc qu'il se fasse connaître; tant qu'il n'a point notifié sa cession, c'est le cédant qui reste héritier à l'égard de ses copartageants, et le partage fait avec lui pourra être opposé au cessionnaire. Si celui-ci notifie son titre, cela suffit pour qu'il doive être appelé aux opérations du partage, car il exerce les droits de son cédant, il est donc considéré comme héritier, et comme tel il doit concourir au partage (2).

Un frère cède à son frère tous ses droits dans la succession de leur mère commune, en payement de ce qu'il lui doit. On suppose que la cession est régulière et faite de bonne foi. Il en résulte que le cédant devient étranger au partage, et par suite ses créanciers ne peuvent plus exercer le droit d'opposition que l'article 882 leur donne. Dans l'espèce, il y avait eu opposition, mais postérieure à la cession; elle était inefficace, puisque, au moment où elle était formée, le débiteur des créanciers opposants n'avait plus de droit dans l'hérédité. La cour de cassation l'a jugé ainsi, et nous n'y voyons pas le moindre doute (3).

**544**. Comme l'article 882 déroge, en un certain sens, au droit commun, il faut en restreindre l'application dans

(1) Nîmes, 5 juillet 1848 (Dalloz, 1848, 2, 147).
(2) Douai, 11 février 1854 (Dalloz, 1855, 2, 32).
(3) Rejet de la chambre civile, 6 juillet 1858 (Dalloz, 1858, 1, 414).

les limites de la loi. L'article 1167 établit la règle : les créanciers peuvent attaquer tout acte fait par leur débiteur en fraude de leurs droits. Il y a exception en cas de partage; les créanciers doivent alors former opposition, et ils ne peuvent attaquer le partage que lorsqu'il a été fait sans eux et au mépris de leur opposition. Dès que l'on n'est pas dans les termes de l'exception, on rentre dans la règle. La cour de Bourges l'a décidé ainsi dans l'espèce suivante. Un fils abandonne des immeubles dépendant d'une hérédité à sa mère, en payement d'une dette contractée après la dissolution de la communauté qui avait existé entre elle et son mari. Est-ce là un partage? Non, car le fils était débiteur de sa mère en vertu d'un mandat; l'abandon des immeubles qu'il lui fit était donc une dation en payement; il y avait eu, à la vérité, partage de la communauté, et par suite liquidation de la succession paternelle; mais ce n'était pas là l'objet principal de l'acte intervenu entre le fils et sa mère, c'était plutôt un moyen de rendre le compte que le fils devait à sa mère, de sorte que l'essence de l'acte était la constatation de la dette et le payement fait en immeubles. Dès lors l'article 882 était inapplicable (1).

Dès qu'il y a partage, l'article 882 doit recevoir son application. Un père abandonne à ses enfants les biens provenant de la communauté non partagée qui a existé entre lui et sa femme. Cet acte, qualifié de partage anticipé, rentre dans les termes de l'article 882. En effet, c'était le premier acte qui faisait cesser l'indivision entre le père et les enfants, donc c'était un partage, et par suite les créanciers ne pouvaient en demander la nullité pour cause de fraude. On objectait que ce prétendu partage était une donation; il y avait effectivement donation quant aux propres, mais la plus grande partie des biens abandonnés se composait de meubles et d'acquêts, formant l'actif de la communauté; de sorte qu'il y avait tout ensemble donation et partage : la donation était régie par l'article 1167, le partage par l'article 882 (2).

(1) Bourges, 22 janvier 1853 (Dalloz, 1854, 5, 542).
(2) Tribunal de Caen du 10 août 1847 (Dalloz, 1851, 5, 379).

Il faut assimiler aux partages les actes qui font cess l'indivision entre tous les héritiers; cela n'est pas douteu Mais que doit-on décider si l'acte ne fait cesser l'indivisi qu'à l'égard de quelques-uns des héritiers? Cette question se rattache à celle que soulève l'article 883. La jurisprudence ne considère pas comme un partage l'acte qui ne fait cesser l'indivision qu'à l'égard d'un héritier, alors même que tous les héritiers y auraient concouru; tel serait le transport de droits successifs fait par un héritier à ses cohéritiers; et on applique le même principe au droit des créanciers, tel qu'il est réglé par l'article 882. Si la question pouvait être décidée en théorie, il nous semble que l'on ne devrait soumettre les créanciers à la restriction de l'article 882 que lorsqu'il s'agit d'un partage proprement dit. En effet, le texte et l'esprit de la loi supposent que les créanciers interviennent dans les opérations du partage et qu'ils sont à même de les contrôler; cette intervention et ce contrôle n'existent pas quand, au lieu d'un partage, il y a une vente de droits successifs; donc, pourrait-on dire, les créanciers doivent rester sous l'empire du droit commun, c'est-à-dire de l'article 1167. Mais cette interprétation de la loi n'est-elle pas trop absolue? Dans la matière des partages, on assimile au partage proprement dit tout acte qui fait cesser l'indivision : pourquoi n'en serait-il pas de même dans le cas de l'article 882? Cette disposition est exceptionnelle, il est vrai; mais loin de restreindre les droits des créanciers, elle leur donne des garanties que ne leur offre pas l'article 1167; il n'y a donc pas de raison pour l'interpréter restrictivement à leur égard. Nous en concluons que tout acte qui fait cesser l'indivision entre l'héritier débiteur et ses cohéritiers ou quelques-uns des héritiers, ou même un seul, tombe sous l'application de l'article 882 : telle serait une cession de droits successifs que l'un des héritiers ferait à son cohéritier. Cet acte équivaut à un partage, en ce qui concerne l'héritier qui cède ses droits successifs; donc ses créanciers ne peuvent l'attaquer pour cause de fraude que s'ils ont formé opposition. Cette interprétation de l'article 882, loin d'être défavorable aux créanciers, leur est avanta-

geuse; car s'ils forment opposition, ils doivent être appelés à la cession, et il leur est plus facile de prévenir une cession frauduleuse que d'obtenir l'annulation d'une cession faite en fraude de leurs droits; que s'ils ne sont pas appelés à l'acte, ils peuvent l'attaquer pour simple préjudice (n° 534).

Il a été jugé, en sens contraire, que lorsqu'il y a plusieurs héritiers, la cession des droits successifs de l'un d'eux à un de ses cohéritiers ne constitue pas un véritable partage à l'égard des créanciers du cédant; l'arrêt en conclut que les créanciers du cédant peuvent encore former opposition tant qu'il n'est pas intervenu un partage régulier entre les cohéritiers (1). Cette décision s'en tient à la lettre de l'article 882 qui exige un partage, et le partage comprend nécessairement tous les héritiers. Mais si la cession de droits successifs n'est pas un partage, elle doit avoir les effets d'une vente; et si le débiteur vend ses droits successifs, comment ses créanciers pourront-ils intervenir dans un partage auquel leur débiteur est devenu étranger? Ce qui justifie la décision de la cour de Paris, dans l'espèce, c'est que la fraude du vendeur était prouvée par les circonstances de la cause; de sorte que l'acte était nul en vertu de l'article 1167, si on le considérait comme vente, et il était encore nul comme partage, puisque le créancier qui l'attaquait avait formé opposition à ce qu'il fût procédé au partage hors de sa présence. S'il n'avait pas formé opposition, il n'aurait pas été admis, dans notre opinion, à demander la nullité de l'acte. C'est l'inconvénient attaché à l'interprétation extensive de l'article 882; mais on peut répondre avec le vieil adage que les droits sont établis pour ceux qui veillent et non pour ceux qui dorment

**545.** L'article 882 parle du partage en général; en faut-il conclure qu'il s'applique à tout partage? Il n'y a aucun doute en ce qui concerne le partage de la communauté. L'article 1167, deuxième alinéa, se réfère au titre

(1) Paris, 18 février 1853 (Dalloz, 1855, 2, 77). Comparez Zachariæ, t. IV, p. 429, note 39, édition d'Aubry et Rau.

du *Contrat de mariage,* aussi bien qu'à celui des *Successions,* en ce qui concerne les droits des créanciers; et l'article 1476 déclare applicables au partage de la communauté les règles établies au titre des *Successions* pour tout ce qui concerne les formes du partage, la licitation des immeubles, les effets du partage; or, un des effets du partage, quand il est fait en fraude des droits des créanciers, est déterminé par l'article 882; donc l'article 882 est applicable au partage de la communauté.

Il n'en est pas de même du partage de la société. L'article 1167 ne parle pas de la société, ce qui prouve déjà que, dans la pensée de la loi, le partage de la société reste sous l'empire du droit commun en ce qui concerne les droits des créanciers. Cette interprétation est confirmée par l'article 1872, disposition, analogue à celle de l'article 1476, mais qui en diffère parce qu'elle est restrictive; elle déclare applicables au partage entre associés non pas toutes les règles du partage, mais seulement celles qui concernent la forme du partage et les obligations qui en dérivent pour les copartageants, ce qui exclut l'application de l'article 882. Il suit de là que le droit des créanciers est régi par l'article 1167. C'est la décision de la cour de cassation (1), et elle est à l'abri de toute critique, au point de vue des textes. Y a-t-il une raison de la différence que la loi établit entre la société et la communauté? La cour n'en donne aucune, et en principe on ne voit pas pourquoi les créanciers n'auraient pas les mêmes droits dans tous les cas où il y a partage. Tout ce que l'on peut dire, c'est que le droit d'opposition serait d'un exercice plus difficile en matière de société, parce que le partage ne s'annonce pas par un fait public, comme le partage de la communauté et des successions; et par cela même le droit d'opposition offrirait moins de garanties aux créanciers. C'est peut-être pour cette raison que la loi a laissé la société sous l'empire du droit commun.

(1) Rejet, 9 juillet 1866 (Dalloz, 1866, 1, 369).

## SECTION II. — Du rapport.

### § Ier. *Notions générales.*

**546.** L'article 843 établit l'obligation du rapport en ces termes : « Tout héritier, venant à une succession, doit rapporter à ses cohéritiers tout ce qu'il a reçu du défunt par donation entre vifs. » Tout héritier *ab intestat* étant tenu au rapport, il doit y avoir une raison générale qui justifie cette obligation. On dit que la volonté de la loi est que l'égalité règne entre les cohéritiers; or, l'égalité serait rompue si l'héritier qui a reçu une libéralité du défunt pouvait la garder, tout en partageant l'hérédité avec les autres héritiers. Cette première raison ne nous paraît pas satisfaisante. La succession *ab intestat* est réglée d'après la volonté présumée du défunt; si le législateur veut l'égalité entre les cohéritiers, c'est qu'il doit supposer que le défunt la veut; il faut donc consulter l'intention du défunt plutôt que la volonté de la loi. On prétend que le donateur, en donnant à l'un de ses héritiers, n'a entendu lui faire qu'un avancement d'hoirie, c'est-à-dire lui donner de son vivant ce que le successible aurait obtenu en vertu de la loi lors de son décès. N'est-ce pas résoudre la question par la question? On demande quelle est la volonté du défunt : veut-il avantager son héritier de la propriété des biens, ou n'entend-il lui donner que la jouissance de ces biens? Il est certain que, si le donataire est soumis au rapport, il n'a en réalité que la jouissance des biens que le défunt lui a cependant donnés en toute propriété. Est-ce bien là l'intention du donateur? On doit présumer, dit-on, qu'il veut l'égalité entre ses héritiers. Ne peut-on pas répondre que si telle est son intention, il n'a qu'à ne pas faire de libéralité, sauf à remettre à son héritier les fruits ou les revenus dont il veut le gratifier? Que si, au lieu de se borner à une donation de jouissance, il fait une donation de la toute propriété, on ne peut plus lui supposer l'intention de ne donner que la jouissance, puisqu'il donne plus. Donc il ne veut pas l'égalité; c'est la loi qui la lui

ont admis au partage, et sciemment, de prétendus cohéritiers qui n'avaient aucun droit à la succession (1). On ne peut pas dire, en ce cas, qu'il y ait erreur, puisque les héritiers ont agi en connaissance de cause ; on ne peut pas dire qu'il y ait fraude dans le sens de l'article 882, car la fraude que cet article prévoit suppose un partage réel où l'on a sacrifié les intérêts des créanciers. Dans l'espèce, on a voulu frauder la loi, en faisant passer pour un partage un acte qui n'est pas un partage, qui n'est rien, dans le but d'empêcher les créanciers d'user du droit que la loi leur accorde. Voilà pourquoi les créanciers peuvent se prévaloir de la simulation, bien qu'ils ne puissent pas invoquer la fraude; en cas de fraude, ils ont pu sauvegarder leurs intérêts, en intervenant dans le partage; ils ne le peuvent pas en cas de simulation, puisque la simulation les empêche d'user du droit que la loi leur donne.

Il y a encore simulation lorsque les héritiers n'ont eu d'autre but que de soustraire à l'action des créanciers la plus grande partie des biens échus à leur débiteur. Quel est l'objet essentiel du partage? C'est de distribuer les biens du défunt entre tous les ayants droit. Si, au lieu de les distribuer, on les cache, on les détourne, ce n'est plus un partage. Il y a fraude si l'on veut, mais la fraude a pour effet un acte qui n'a que l'apparence du partage; les biens que l'on a cherché à soustraire à l'action des créanciers restent indivis, le partage n'est pas fait, il reste à faire, ce qui décide la question (2).

Enfin, il a été jugé qu'un partage est simulé quand il cache une libéralité faite en fraude des créanciers (3). Il y a une différence radicale entre le partage, acte à titre onéreux, et la donation, acte à titre gratuit. Une donation faite sous forme de partage n'en reste pas moins une donation; elle est soumise par conséquent aux principes qui régissent les donations; elle tombe donc sous l'application

(1) Rejet, 27 novembre 1844 (Dalloz, 1845, 1, 39).
(2) Rejet, 22 mai 1854 (Dalloz, 1854, 1, 250). Comparez Gand, 25 janvier 1856 (*Pasicrisie*, 1856, 2, 181); dans l'espèce, il y avait fraude plutôt que simulation.
(3) Liége, 18 juillet 1857 (*Pasicrisie*, 1859, 2, 81).

mal, et le plus grand de tous, puisque le juge, qui devrait donner l'exemple du respect à la loi, apprend aux citoyens à ne pas la respecter.

On ne peut donner qu'une explication historique de l'obligation que le code impose à l'héritier de rapporter le legs qui lui a été fait. Dans l'ancien droit, beaucoup de coutumes déclaraient les qualités d'héritier et de légataire incompatibles. C'était le système de l'égalité absolue, et c'était le vrai système, si l'on tient compte de l'esprit du droit coutumier. C'est Dieu qui fait les héritiers, ce n'est pas l'homme; or, Dieu veut certainement l'égalité, il n'a pas de prédilection ni de haine. Les auteurs du code se sont écartés de cet ordre d'idées; ils permettent à l'homme de faire des héritiers et ils donnent la saisine à l'héritier testamentaire; ils ne veulent pas l'égalité absolue, le défunt est libre de répartir ses biens inégalement, d'après son affection et même d'après son caprice. C'est donc une grande inconséquence que d'assujettir les héritiers au rapport des legs. Mais telle étant la volonté de la loi, il faut l'accepter, et non l'éluder, comme les tribunaux le font trop souvent (1).

**518.** Après avoir établi l'obligation du rapport, l'article 843 ajoute : « L'héritier ne peut retenir les dons ni réclamer les legs à lui faits par le défunt, à moins que les dons et les legs ne lui aient été faits expressément par préciput et hors part, ou avec dispense de rapport. » Cette disposition déroge aux anciennes coutumes que l'on appelait coutumes d'*égalité parfaite*, parce qu'elles ne permettaient jamais la dispense du rapport. C'étaient les plus logiques; car si réellement le législateur veut l'égalité entre les héritiers, il n'y a qu'un moyen de la réaliser, c'est de soumettre toutes les libéralités au rapport. La faculté de dispenser du rapport, que le code consacre, prouve qu'il n'est pas exact de dire que la loi veuille l'egalité; elle ne la veut qu'en tant que le défunt est présumé la vouloir, car il dépend de lui d'avantager l'un de ses héritiers, en lui donnant hors part tout ou partie des biens dont il est

(1) Comparez Demolombe, t. XVI, p. 184, nº 164.

permis de disposer. Tout ce que l'on peut dire, c'est que la loi présume que le défunt veut l'égalité, et par suite le rapport; en ce sens, le rapport est la règle, il faut une manifestation de volonté expresse pour qu'il n'y ait pas lieu au rapport. Pothier disait que les coutumes d'*égalité parfaite* avaient le mieux conservé l'esprit de l'ancien droit français (1); il n'y en avait cependant que cinq : preuve que l'esprit avait bien changé. Guy Coquille critiquait vivement ces coutumes, parce qu'elles enlevaient au père le moyen de récompenser les services de ses enfants, et de « tenir en subjection et crainte ceux qui ne lui étaient pas obséquieux (2). » Le droit du père de famille, qui est aussi le droit du propriétaire, l'emporta; le code donne la préférence aux coutumes de *préciput ;* elles sont plus en harmonie avec le génie des peuples modernes. C'est la liberté qui est le principe de vie de nos sociétés; mais il ne suffit pas de la liberté politique, il faut aussi que la liberté pénètre dans les mœurs par les lois civiles. De là le droit absolu du propriétaire : nous dirons, au titre des *Donations*, pourquoi la loi l'a limité au profit de certains héritiers, les descendants et les ascendants, auxquels elle assure une partie des biens du défunt, à titre de réserve. Celui qui a des héritiers réservataires ne peut disposer que d'une quotité de biens que l'on appelle le disponible; mais la loi lui permet d'en disposer au profit de toutes personnes. Quant à celui qui n'a point d'héritiers réservataires, il a plein pouvoir de disposer de ses biens comme il l'entend ; il peut dépouiller entièrement l'un de ses héritiers au profit de l'autre; à plus forte raison peut-il avantager l'un d'eux.

**549.** Il résulte de là que le rapport n'est pas d'ordre public. Il le serait si le code imposait l'égalité, comme le faisaient les coutumes d'égalité; mais le législateur présume seulement que le défunt veut l'égalité, et que les libéralités qu'il fait sont un avancement d'hoirie. Le défunt est libre de manifester une volonté contraire, en dis-

(1) Pothier, *Des successions*, chap. IV, art. III, § 2.
(2) Guy Coquille, *Institutes au droit français*, titre *des Donations*.

pensant le donataire du rapport. Les donations faites par préciput sont des avantages, des libéralités qui ne concernent que l'intérêt privé du donataire. Celui-ci y peut donc renoncer; mais il ne le peut pas du vivant du donateur, parce qu'une pareille renonciation serait une convention sur une succession future ; or, tout pacte successoire est prohibé comme étant contraire aux bonnes mœurs (art. 1130) (1).

**550.** Le code appelle encore rapport l'obligation qui incombe à l'héritier, débiteur du défunt, de payer à la succession la partie de sa dette qui n'est pas éteinte par la confusion (art. 829). Nous dirons plus loin quelle différence il y a entre le rapport des dettes et le rapport des libéralités. Il n'y a point de raison juridique de l'assimilation que les auteurs du code établissent entre le payement des dettes et le rapport des libéralités. Quand même il n'y aurait pas de rapport, les dettes devraient néanmoins être payées par le successible; donc les dettes n'ont rien de commun avec les libéralités.

Il y a encore d'autres choses que les dettes qui doivent être remises à la masse de la succession : ce sont celles que l'un des héritiers aliène pendant l'indivision. L'héritier peut les vendre comme choses indivises; dans ce cas, les biens vendus ne sont pas moins compris dans la masse partageable; le résultat du partage décidera si la vente est maintenue. Il est arrivé que l'un des héritiers a vendu comme siennes des choses qui dépendent de l'hérédité; ses cohéritiers ont certainement action contre les acquéreurs pour les obliger à remettre ces choses dans la masse à laquelle elles appartiennent. Mais cette remise n'est pas un rapport. L'action qui est intentée par les cohéritiers contre le tiers possesseur est une action en nullité de la vente, fondée sur ce que le vendeur a aliéné la chose d'autrui. Il n'y a aucune analogie entre cette action et l'action en rapport. C'est, à la vérité, une remise à la masse, comme dans le cas du payement d'une dette; mais la loi a expressément mis sur la même ligne le payement d'une dette par

(1) Bruxelles, 27 mars 1844 (*Pasicrisie*, 1845, 2, 321).

un héritier et le rapport auquel il est tenu ; tandis qu'elle n'assimile pas au rapport la remise que doit faire à l'hérédité le détenteur d'une chose héréditaire. Dans une espèce qui s'est présentée devant la cour de cassation, la vente avait été faite à l'un des héritiers ; l'héritier vendeur était décédé en laissant pour héritier l'un des cohéritiers. Il a été jugé que celui-ci ne pouvait pas agir contre l'acquéreur, car il était tenu de la garantie du chef de son auteur ; or, celui qui doit garantie ne peut pas évincer (1). S'il s'était agi d'un rapport, on n'aurait pas pu opposer l'exception de garantie.

**551.** La loi impose l'obligation du rapport aux *héritiers*. Cette expression ne désigne, en général, que les héritiers légitimes. Ce qui prouve que tel est le sens du mot *héritier*, en matière de rapport, c'est qu'il a fallu une disposition spéciale pour soumettre les enfants naturels à l'obligation du rapport (art. 760) : la loi l'appelle *imputation*. Comme l'imputation, dans l'opinion générale, est régie par des règles particulières, nous en traiterons séparément.

**552.** Le code donne parfois le nom de rapport à la réduction des libéralités qui excèdent la quotité disponible (art. 844, 866, 918). C'est une négligence de rédaction. La réduction n'a rien de commun avec le rapport, comme nous le dirons au titre des *Donations*. Nous renvoyons à ce titre les questions difficiles auxquelles donne lieu le rapport, combiné avec la réduction des libéralités qui excèdent le disponible.

## § II. *Qui doit le rapport?*

### N° 1. DE L'OBLIGATION DU RAPPORT.

**553.** *Tout héritier* doit le rapport, dit l'article 843. En droit romain, le rapport n'était dû qu'en ligne directe descendante, et la plupart de nos anciennes coutumes étaient restées fidèles à ce principe, en dispensant les ascendants

(1) Rejet, 6 décembre 1854 (Dalloz, 1855, 1, 19).

et les collatéraux du rapport des donations entre vifs (1). Il est difficile de donner une bonne raison de cette innovation. Si le rapport était fondé sur la volonté du législateur, on concevrait qu'il l'imposât à tout héritier venant à la succession du donateur ; mais le rapport n'a, en réalité, d'autre fondement que l'intention présumée du défunt. Cette présomption se comprend pour le père : il est censé vouloir l'égalité entre ses enfants, puisqu'il doit à tous une affection égale. D'un autre côté, il est d'usage que les parents fassent des donations à leurs enfants lors de leur mariage : les libéralités sont faites, d'ordinaire, comme une avance sur la succession future du donateur. Peut-on dire aussi que le défunt a la même affection pour des collatéraux ou des ascendants? et s'il lui arrive de leur faire une libéralité, ne témoigne-t-il pas par là une prédilection au donataire? On voit que le système du code n'est pas très-logique : tantôt c'est la volonté du législateur qui domine, tantôt la loi ne fait que présumer l'intention du défunt.

**554**. L'article 843 dit : Tout héritier, *même bénéficiaire,* doit rapporter à ses cohéritiers tout ce qu'il a reçu du défunt par donation ou par legs. Il n'y a aucune raison pour ne pas soumettre au rapport l'héritier bénéficiaire. Le bénéfice d'inventaire n'a rien de commun avec les obligations des héritiers entre eux ; il ne concerne que les relations des héritiers avec les créanciers de la succession. A l'égard de ses cohéritiers, l'héritier bénéficiaire a les mêmes droits que l'héritier pur et simple ; il doit aussi être tenu des mêmes obligations.

**555**. L'article 846 porte : « Le donataire qui n'était pas héritier présomptif lors de la donation, mais qui se trouve successible au jour de l'ouverture de la succession, doit également le rapport, à moins que le donateur ne l'en ait dispensé. » Voilà encore une de ces dispositions que l'on ne sait à quel principe rattacher. Au moment où la donation est faite, on ne peut certes pas dire que le dona-

(1) Zachariæ, édition d'Aubry et Rau, t. IV, p. 539, note 1. Demolombe, t. XVI, p. 196, n° 171.

teur donne en avancement d'hoirie, puisque le donataire ne doit pas être son héritier. Une pareille libéralité est donc virtuellement dispensée du rapport, si l'on s'en tient à l'intention du donateur. Pourquoi la loi la soumet-elle néanmoins au rapport? La volonté du législateur l'emporte ici sur celle du disposant. Vainement dit-on que le donateur, s'il voulait dispenser le donataire du rapport, devait et pouvait faire la déclaration de dispense dans un acte postérieur, comme le veut l'article 918. Le donateur ne pourrait-il pas répondre qu'en donnant à un parent qui n'est pas son héritier présomptif, il a suffisamment manifesté l'intention de le dispenser du rapport? Logiquement il eût donc fallu exiger un acte par lequel le donateur soumette au rapport celui qu'il en avait dispensé (1).

**556.** Le rapport se fait entre cohéritiers pour rétablir ou pour maintenir l'égalité entre eux. Cela suppose que les héritiers succèdent *ab intestat*. S'ils sont appelés à la succession du défunt par testament ou par contrat, il ne peut plus être question de rapport. Le législateur présume que le défunt qui n'a pas disposé de son patrimoine veut l'égalité entre ses héritiers ; mais si le défunt a lui-même distribué ses biens soit par testament, soit par contrat de mariage, la volonté expresse doit l'emporter sur la volonté présumée; pour mieux dire, il n'y a plus lieu à présumer la volonté de celui qui l'a exprimée, et qui avait le droit de déroger à l'égalité que l'on suit dans les successions *ab intestat* (2). Il peut aussi y avoir concours d'héritiers testamentaires et d'héritiers *ab intestat* ; naît alors la question de savoir si l'héritier *ab intestat* doit le rapport aux légataires : nous y reviendrons.

**556** *bis*. Aux termes de l'article 845, « l'héritier qui renonce à la succession peut cependant retenir le don entre vifs, ou réclamer le legs à lui fait, jusqu'à concurrence de la portion disponible. » Il va sans dire que l'héritier qui renonce ne peut pas être tenu au rapport; car il est censé

(1) Comparez Chabot, t. II, p. 445, nos 1-3 de l'article 846; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, p. 483, n° 701.

(2) Chabot, t. II, p. 493, n° 3 de l'article 857. Demolombe, t. XVI, p. 193, nos 172 et 173. Liége, 12 décembre 1835 (*Pasicrisie*, 1835, 2, 357).

n'avoir jamais été héritier (art. 785), et l'obligation du rapport n'est imposée qu'à l'héritier venant à la succession du donateur. Mais de ce qu'il n'est pas tenu au rapport, il ne suit pas nécessairement qu'il puisse conserver la donation ou réclamer le legs que le défunt lui a fait. Il est certain que le donateur qui fait une libéralité sans dispense de rapport entend faire une avance sur sa succession future; il n'entend donc pas donner une partie de son disponible. Si le donataire renonce à l'hérédité, ne renonce-t-il pas tacitement à une libéralité qui devait être imputée sur sa part héréditaire? Lui permettre de la retenir, n'est-ce pas lui permettre de jouir de sa part héréditaire, tout en cessant d'être héritier? Il est vrai que sa part est dévolue à ses cohéritiers, de sorte que la libéralité qu'il retient sera imputée sur le disponible. Cette faculté, que la loi donne à l'héritier, de transformer en une donation sur le disponible l'avance sur la succession qu'il a reçue, est difficile à justifier. Elle est en opposition avec la volonté du disposant, cela est certain; or, le rapport n'est-il pas fondé sur l'intention du donateur? et quand l'héritier a reçu une libéralité à charge de la rapporter, peut-il, contre la volonté du disposant, se dispenser du rapport et garder les biens donnés? Cela conduit à une conséquence très-inique. Le père fait à un de ses enfants un avancement d'hoirie équivalant à son disponible : peut-il encore faire des libéralités sur le disponible? Dans son intention, il conserve évidemment le droit d'en disposer, puisqu'il n'en a rien donné. Il fait donc des libéralités, soit à des étrangers, soit à ses enfants, par préciput. Puis l'enfant donataire par avancement d'hoirie renonce à la succession, et retient tout le disponible; par suite les autres libéralités tomberont, le défunt n'aura pu disposer de rien. Cela est plus qu'inique, c'est une violation du droit du défunt (1). Il en serait ainsi alors même que le défunt aurait déclaré expressément qu'il fait la donation en avancement d'hoirie. Cette déclaration du donateur ne peut pas avoir plus d'effet que

(1) Mourlon, *Répétitions*, t. II, p. 151, 152. Comparez Chabot, t. II, p. 387, nº 1 de l'article 845; Demolombe, t. XVI, p. 317, nº 257.

la présomption de la loi : toute donation faite à un successible, sans dispense de rapport, est un avancement d'hoirie, que le donateur le dise ou non (1). Le donateur qui, en faisant un avancement d'hoirie, veut se réserver la faculté de donner son disponible, doit ajouter à sa libéralité une condition résolutoire, en stipulant que la donation sera caduque si le donataire renonce à l'hérédité. Il eût été plus logique que le législateur prononçât cette caducité.

Il n'y a qu'une explication à donner de l'article 845 : l'héritier qui renonce, étant censé n'avoir jamais été héritier, est par cela même assimilé à un étranger qui aurait reçu une libéralité du défunt. Nous verrons, au titre des *Donations*, les conséquences importantes qui découlent de ce principe quand l'héritier renonçant est un réservataire. Il y a une conséquence qui concerne tout héritier : la part que le renonçant aurait eue s'il eût accepté l'hérédité profite aux autres héritiers, sans que ceux-ci soient tenus de rapporter la libéralité faite au renonçant. Vainement dirait-on que cette libéralité, dans l'intention du défunt, devait s'imputer sur la succession, et notamment sur la part de l'héritier donataire; par suite de la renonciation il n'y a plus d'héritier donataire, il n'y a plus qu'un étranger donataire; il s'en suit que la donation qu'il retient s'impute sur le disponible, et non sur la succession. Le cohéritier de la souche à laquelle appartient le renonçant profite, à la vérité, de la renonciation, mais il ne tient pas son droit du renonçant, celui-ci étant censé n'avoir jamais eu de droit; il succède en vertu de la loi, comme si le renonçant n'avait jamais existé. On ne peut pas l'obliger à rapporter la libéralité faite au renonçant, bien que cette libéralité fût imputable sur sa part héréditaire; car, par le fait de la renonciation, la libéralité est censée avoir été faite à un non-successible, elle est donc tout à fait étrangère aux cohéritiers de celui qui a renoncé (2).

(1) Zachariæ, t. IV, p. 440 et note 7, édition d'Aubry et Rau ; Demolombe, t. XVI, p. 327, n° 262.

(2) Grenoble, 17 décembre 1855 (Dalloz, 1856, 2, 266). Zachariæ, édition

### N° 2. CONDITIONS DU RAPPORT.

#### I. *Il faut être donataire ou légataire.*

**557.** L'article 843 dit que tout *héritier* venant à une succession doit rapporter à ses cohéritiers tout ce qu'il a reçu du défunt, par *donation entre vifs* ou par *legs*. Il faut donc que l'héritier soit donataire ou légataire. Le conjoint survivant partage la communauté avec les héritiers du défunt, mais il n'est pas héritier, il est associé, donc il n'est pas tenu au rapport des dons ou legs que le défunt lui a faits (1). Il faut les deux conditions exigées par l'article 843 : être héritier et avoir *reçu* une libéralité du défunt. La loi dit que l'héritier doit rapporter ce qu'il a *reçu;* il ne suffit pas qu'une libéralité lui ait été promise; bien souvent une dot est promise sans être payée. S'il est prouvé qu'elle n'a pas été payée, il n'y a pas lieu au rapport. Le principe n'est pas douteux, la difficulté ne porte que sur la preuve, nous y reviendrons. Voici un cas qui s'est présenté devant la cour de cassation. Père et mère constituent une dot de quinze mille francs à leur fille; il est dit, dans le contrat de mariage, qu'elle sera remise aux futurs époux la veille de leur union, dont la célébration vaudra quittance de la dot, le futur époux consentant à en être chargé par le fait seul de cette célébration. Après le décès des parents, on procéda au partage, et le rapport fut demandé de la dot. La fille à laquelle la dot avait été promise produisit un acte notarié par lequel les constituants déclaraient que jamais ils n'avaient payé ni pu payer ladite dot. Il fut jugé que les enfants, en leur qualité de réservataires, avaient à la vérité le droit de repousser les actes portant atteinte à leur réserve et faisant fraude à la loi; mais que, dans l'espèce, on n'alléguait pas même la fraude; que les actes produits et toutes les circonstances de la cause prouvaient que les parents avaient toujours été dans l'impossibilité de rem-

d'Aubry et Rau, t. IV, p. 448 et note 3. et les auteurs qui y sont cités. Demolombe, t. XVI, p. 200, n° 177 et p. 257, n° 220.

(1) Bruxelles, 27 février 1832 (*Pasicrisie*, 1832, 2, 51).

plir leurs engagements ; que la fille, n'ayant rien reçu, ne devait rien rapporter (1).

Peu importe la raison pour laquelle la dot n'a pas été payée, il suffit qu'elle ne l'ait pas été, pour que le rappor n'en puisse être demandé. Si la femme renonce à sa dot en faveur des créanciers de son père tombé en faillite, ses cohéritiers peuvent-ils exiger qu'elle en fasse le rapport? Il a été jugé que l'enfant doté ne représente pas ses frères et sœurs, en ce sens qu'il n'est pas tenu d'exiger dans leur intérêt l'accomplissemet de la promesse du donateur; il peut donc renoncer au bénéfice de la libéralité qui lui a été faite, faire remise des sommes promises ou les rendre si elles ont été payées. En effet, les héritiers n'ont de droit que sur les biens qui existent lors du décès et sur ceux qui doivent être rapportés; or, ne doivent être rapportés que les biens réellement reçus du défunt : ce qui décide la question (2).

**558.** Les créanciers peuvent exercer les droits héréditaires de leur débiteur. Agissant au nom de l'héritier, ils le représentent, et sont tenus par conséquent de toutes ses obligations. C'est l'héritier lui-même qui est censé agir; si donc il a reçu une libéralité du défunt, les créanciers doivent la rapporter. Cela n'est pas douteux. Mais il ne faut pas confondre les droits que l'héritier débiteur a sur la succession, en qualité d'héritier, et ceux qu'il a en qualité de créancier. Cela arrive quand le successible accepte sous bénéfice d'inventaire; il a alors une double qualité : celle d'héritier et celle de créancier. Comme héritier, il doit le rapport, et par suite les créanciers le doivent, s'ils exercent ses droits héréditaires; si l'héritier est créancier; cette qualité est indépendante de celle d'héritier. Rien n'empêche donc les créanciers de réclamer contre la succession le payement de ce qui est dû à leur débiteur. Peut-on leur opposer qu'ils doivent le rapport comme représentants de l'héritier? Ils répondront qu'ils ne représentent pas l'héritier, qu'ils agissent au nom du créan-

(1) Rejet, 20 janvier 1864 (Dalloz, 1865, 1, 222).
(2) Rouen, 29 avril 1847 (Dalloz, 1847, 2, 195).

cier : n'exerçant pas de droit héréditaire, ils ne peuvent pas être tenus au rapport ; à l'exercice des droits du créancier, dit la cour de cassation, on ne peut opposer l'obligation du rapport (1).

**539.** Du principe qu'il faut être donataire ou légataire pour être tenu au rapport, suit que l'on ne doit jamais le rapport pour autrui. Le code consacre des conséquences de ce principe dans les articles 847-849. Il faut nous y arrêter, parce que ces dispositions ont donné lieu aux interprétations les plus diverses, et il importe d'en fixer le sens, à cause des fausses conséquences que l'on en déduit en matière de dispense de rapport.

L'article 847 est ainsi conçu : « Les dons et legs faits au fils de celui qui se trouve successible à l'époque de l'ouverture de la succession sont toujours *réputés faits avec dispense du rapport*. Le père venant à la succession du donateur n'est pas tenu de les rapporter. » L'article 849 contient une disposition analogue : « Les dons et legs faits au conjoint d'un époux successible *sont réputés faits avec dispense du rapport*. » En apparence, ces deux articles sont fondés sur une présomption d'interposition de personnes. Le texte dit que les dons faits au fils du successible, ou à son conjoint, sont *réputés faits avec dispense du rapport* ; là où il y a *dispense* de rapport, il y a *obligation* de rapport ; or, le *père* et le *conjoint* du successible n'étant pas donataires directs, ne sont pas tenus au rapport par eux-mêmes ; si donc ils doivent le rapport, ce ne peut être qu'à titre de donataires indirects par personnes interposées. Donc il y a, dans les deux cas prévus par les articles 847 et 849, des personnes présumées interposées : ce sont le fils et le conjoint du successible. Le vrai donataire, c'est le successible. Si on le dispense du rapport, c'est que l'interposition de personnes à laquelle le donateur a eu recours prouve qu'il veut dispenser le donataire du rapport. De là on conclut que dans tous les cas où il y a des libéralités faites par personnes interposées, il y a dispense virtuelle de les rapporter (2).

(1) Cassation du 25 juin 1849 (Dalloz, 1849, 1, 185).
(2) Aubry et Rau sur Zachariæ, t. IV, p. 465, note 11 du § 632.

Les articles 847 et 849 ainsi interprétés aboutissent à un véritable non-sens (1). Quand un donateur recourt-il à des personnes interposées? Les enfants sont présumés personnes interposées lorsque leur père est incapable de recevoir directement (art. 911 et 1100). Or, en matière de rapport, cette incapacité n'existe pas; le père est aussi capable que ses enfants, et il en est de même du conjoint; pourquoi donc présumerait-on que le père et le conjoint sont gratifiés indirectement par personnes interposées? Et s'il n'y a pas d'interposition de personnes, il n'y a pas de donation indirecte. Donc le père n'est pas donataire; et n'est-il pas absurde de dispenser du rapport celui qui n'a rien reçu? Il faut en dire autant du conjoint.

Absurde ou non, dira-t-on, la loi est formelle, et que de fois n'avons-nous pas dit que lorsque la loi est claire, il faut s'en tenir au texte? Il faut aussi, dirons-nous, se garder d'imputer au législateur une absurdité, quand on peut donner une explication satisfaisante d'une disposition qui, prise à la lettre, serait un non-sens. Or, les travaux préparatoires nous apprennent pourquoi les articles 847 et 849 sont si singulièrement rédigés, et ils nous font connaître le vrai sens de la loi. Le projet soumis au conseil d'Etat contenait les dispositions suivantes qui sont devenues l'article 847 : « L'héritier n'est tenu de rapporter que le legs qui lui a été fait personnellement. » « Le père ne rapporte pas le don fait à son fils non successible. » Et l'article 849 était conçu en ces termes : « Les dons et legs faits au conjoint d'un époux successible ne sont pas rapportables. » Le projet de code civil consacrait donc en termes clairs et nets ce principe que le bon sens ainsi que le droit enseignent, c'est-à-dire que, pour être tenu au rapport, il faut être donataire, que l'on ne peut pas être obligé de rapporter pour autrui. Pourquoi ces dispositions furent-elles modifiées? Quand on discuta l'article 849, qui déclarait que les dons faits au conjoint d'un époux non successible n'étaient pas rapportables, Tronchet objecta

(1) C'est l'expression de Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, p. 485, nº 702. Duranton dit que les mots : *sont réputés faits avec dispense de rapport*, sont des mots parasites (t. VII, p. 326, nº 233).

que cette disposition pourrait donner lieu à des fraudes : un père, dit-il, qui voudrait avantager un enfant au préjudice des autres, pourrait, si cet enfant était marié sous le régime de la communauté, donner à l'autre époux. Il demanda, en conséquence, que l'époux successible fût obligé de rapporter l'avantage qu'il aurait retiré du don fait par le défunt à son conjoint. Treilhard répondit que la section de législation, dont il était le rapporteur, avait cru cette règle inutile. « Le père, dit-il, n'a pas besoin de masquer la libéralité qu'il veut faire au conjoint successible, puisqu'il peut ouvertement le dispenser du rapport. » La réponse était péremptoire, et Tronchet le sentit; il s'empara des derniers mots prononcés par Treilhard, et dit que puisque le projet établissait la présomption qu'il y avait dispense du rapport, il valait mieux l'exprimer (1). Le conseil d'Etat fit droit à cette observation, bien que Tronchet se fût trompé : le projet n'établissait aucune présomption de dispense, puisqu'il déclarait, au contraire, qu'il n'y avait point de libéralité au profit du conjoint ni au profit du père. Est-ce à dire que le conseil ait complétement changé de système, et qu'il ait décidé qu'il y avait libéralité indirecte là où le projet disait qu'il n'y avait point de libéralité rapportable? Non, certes, car Tronchet lui-même ne prétendait pas qu'il y avait nécessairement libéralité indirecte; il disait seulement qu'il pourrait y avoir libéralité indirecte et fraude. Tout ce que le conseil voulait dire, c'est que la libéralité, en supposant qu'il y en eût une, n'était point sujette à rapport. Il y eut donc changement de rédaction, et non changement de système.

**560.** Les articles 847 et 849 ainsi entendus ont quelque utilité pratique; ils coupent court à toute contestation (2). Une donation est faite au fils du successible; il n'y aura jamais lieu à rapport. Est-ce le fils qui est réellement donataire, il ne doit pas le rapport, parce qu'il n'est pas héritier. Est-ce le père qui est avantagé indirectement, il

(1) Séance du 28 nivôse an XI, n° 9 (Locré, t. V, p. 169). Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, p. 484, n° 702. Demolombe, t. XVI, p. 216, n° 186.
(2) Demante, t. III, p. 270, n° 183 *bis*.

n'est pas tenu au rapport, parce que la loi l'en dispense. Il en serait ainsi lors même que le père aurait profité de la libéralité, ce qui arriverait si son fils donataire venait à prédécéder; le père recueillerait les biens donnés, et néanmoins il ne les rapporterait pas : d'abord parce qu'il n'est pas donataire, puis parce que la donation, en supposant qu'elle fût faite à son profit, est dispensée du rapport. Que si le père du donataire venait à prédécéder, le petit-fils, succédant à l'aïeul donateur, devrait-il le rapport de la libéralité qu'il en a reçue? L'affirmative ne nous paraît pas douteuse. Il est héritier et il est donataire; donc l'article 843 est applicable. Vainement dirait-il que l'article 847 présume qu'il est personne interposée, que son père est le véritable donataire, que par conséquent lui ne l'est pas et ne doit pas le rapport. On lui répondrait que l'article 847 n'est pas fondé sur une présomption d'interposition de personnes; tout ce qu'il a voulu dire, c'est que le père du donataire, venant à la succession du donateur, n'est pas tenu de rapporter les libéralités faites à son fils. Mais si la loi dispense le père de les rapporter, il serait absurde d'en conclure que le fils aussi n'en doit pas le rapport, car il en résulterait que des libéralités qui, en définitive, sont faites à quelqu'un, ne seraient rapportables par personne (1).

**561**. L'article 849 a le même sens. Bien qu'il dise que les dons et legs faits au conjoint d'un époux successible sont réputés faits avec dispense de rapport, on n'en doit pas conclure qu'il y ait là une présomption d'interposition de personnes. L'époux successible n'est pas donataire, donc il ne doit pas le rapport, car on ne rapporte pas pour autrui. Peu importe que le conjoint héritier profite de la libéralité. D'après les principes, le rapport n'est pas dû par celui qui profite de la donation, il est dû par celui qui est donataire. Toutefois, on aurait pu soutenir que les époux étant mariés sous le régime de la communauté, le successible profite nécessairement pour moitié de la libéralité faite à son conjoint; et l'on en aurait pu conclure, comme le disait Tronchet, que la libéralité s'adresse au

(1) Demolombe, t. XVI, p. 224, nos 190 et 191, et les auteurs qu'il cite.

moins pour moitié au conjoint du donataire. L'article 849 prévient ces contestations (1). Par contre, si la donation est faite au conjoint successible, celui-ci en devra le rapport pour le tout, quoique, régulièrement, il n'en profite que pour moitié s'il y a communauté entre les époux; il peut même n'en profiter pour rien; si la femme a reçu une dot mobilière, elle tombe en communauté, et si le mauvais état des affaires de son mari l'oblige à renoncer à la communauté, elle perdra toute sa dot, et elle en devra néanmoins le rapport. C'est un inconvénient, mais ce n'est pas une injustice. Le motif essentiel du rapport subsiste, c'est l'égalité entre héritiers. Que l'héritier donataire retire un avantage de sa libéralité ou non, il n'en est pas moins vrai que la valeur des biens donnés est sortie du patrimoine du donateur, et que les autres héritiers ont été privés de leur part dans ces biens; donc ils doivent rentrer dans la succession par la voie du rapport (2).

**562**. Le fils doit-il rapporter le don fait à son père quand il vient à la succession du donateur? Il faut distinguer d'après l'article 848. S'il vient de son chef à la succession du donateur, il n'est pas tenu de rapporter le don fait à son père, même quand il aurait accepté la succession de celui-ci. C'est une application du principe que nous venons d'établir. Le fils du donataire n'est pas donataire; donc il ne doit pas le rapport. Il est vrai que s'il accepte la succession de son père, il pourra y recueillir la chose donnée, mais qu'importe? il ne la recueille pas comme donataire, puisqu'il ne l'est pas, donc il n'est pas tenu de la rapporter à la succession du donateur. Il en est autrement, d'après l'article 848, si le fils vient à la succession du donateur par représentation de son père donataire : il devra rapporter ce qui avait été donné à son père. La raison en est dans les principes qui régissent la représentation; le représentant prend la place du représenté, il entre dans ses droits, dit l'article 739; il doit aussi remplir ses

(1) Rejet, 31 décembre 1855 (Dalloz, 1856, 1, 358). Chabot, t. II, p. 454, n° 3 de l'article 849. Demolombe, t. XVI, p. 244 nos 207 et 208.
(2) Chabot, t. II, p. 454, n° 3 de l'article 849. Zachariæ, t. IV, p. 449, note 5.

obligations. Or, le père donataire aurait dû le rapport, donc le fils le doit également s'il représente son père. Il en serait ainsi, aux termes de l'article 848, même dans le cas où le représentant aurait renoncé à la succession du représenté. S'il y renonce, il ne profitera pas des biens donnés, mais peu importe : il doit le rapport, non parce qu'il recueille les biens donnés, il le doit parce qu'il représente son père.

Il se peut que le représentant ait reçu une libéralité de celui à la succession duquel il vient par représentation : en devra-t-il le rapport? Il est héritier puisqu'il succède, et il est donataire, il remplit donc les conditions requises par la loi pour qu'il y ait lieu au rapport. Vainement dirait-on que ce n'est pas lui qui succède, puisque de son chef il ne pouvait pas succéder, qu'il prend seulement la place du défunt, que c'est donc celui-ci qui est censé succéder; d'où suivrait que le rapport ne peut être dû que du chef du représenté. Cette théorie n'est pas celle de la loi; il n'est pas vrai de dire que le représenté succède, car il n'a jamais eu de droit. C'est donc bien le représentant qui succède; par suite, il doit le rapport s'il est donataire.

Que faut-il décider si le défunt a fait une libéralité au représentant et au représenté? les deux donations devront-elles être rapportées? D'après la rigueur des principes, oui. Le représentant doit le rapport de la donation faite au représenté, puisqu'il vient à la succession par représentation; il doit aussi rapporter ce qu'il a reçu, puisqu'il est héritier et donataire. Au point de vue de l'équité, on pourrait réclamer contre cette décision : le représenté, s'il avait survécu, aurait seulement dû le rapport de la donation qui lui avait été faite; or, le représentant ne vient à la succession que par représentation; est-il juste qu'il doive deux rapports, alors que celui qu'il représente n'en aurait dû qu'un seul? Le législateur pourrait tenir compte de cette considération, l'interprète ne le peut pas (1).

Il suit de là que si le représentant doit, pour arriver au

(1) Duranton, t. VII, p. 323, n° 230. Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, p. 486, n° 704. Demolombe, t. XVI, p. 232, n° 198.

degré du successible, franchir un ou plusieurs degrés intermédiaires, il devra rapporter ce qui a été donné à tous ceux qu'il représente; car il ne représente pas seulement son auteur immédiat, il représente aussi les auteurs de son auteur. La question est controversée; nous croyons inutile d'entrer dans la controverse, les principes n'étant pas douteux (1). C'est d'ailleurs une de ces questions oiseuses que l'on aime à l'école et que la vie réelle ignore; il y a assez de difficultés véritables, il est inutile d'en créer d'imaginaires.

Faut-il appliquer à celui qui succède par transmission ce que la loi dit de la représentation? La négative est certaine. Celui qui recueille une succession par transmission succède à celui qui la lui a transmise; il doit donc le rapport du chef de son auteur, puisqu'il entre dans ses droits et ses obligations; mais il ne succède pas à celui de qui son auteur tient l'hérédité, il ne peut donc être tenu de rapporter les libéralités qu'il en aurait reçues.

**562** *bis*. L'application de ces principes a donné lieu à une question sur laquelle il y a controverse et doute. Quatre petits-enfants viennent à la succession de leur aïeul par représentation de leur mère prédécédée. Deux renoncent. Doivent-ils, malgré leur renonciation, le rapport de la donation en avancement d'hoirie que leur mère avait reçue en se mariant? La cour de cassation a jugé que les héritiers renonçants ne pouvaient invoquer le bénéfice de l'article 845, aux termes duquel l'héritier qui renonce peut retenir le don jusqu'à concurrence de la quotité disponible.

Au premier abord, cette décision paraît heurter tous les principes. Comment un héritier qui renonce peut-il être tenu d'une obligation que la loi n'impose qu'à l'héritier qui accepte? Ecoutons la cour de cassation. Elle part du principe que les représentants prennent la place du représenté, dans ses obligations aussi bien que dans ses droits. Cela est incontestable, l'article 848 le dit. Les petits-enfants sont donc tenus de rapporter à la succession

(1) Demante discute très-bien la question (t. III, p. 271, nº 184 *bis* II).

de leur aïeule la donation faite à leur mère; mais cela suppose qu'ils viennent à la succession de l'aïeule; le texte de l'article 848 le dit : « Si le fils ne *vient* que par représentation, il doit rapporter ce qui avait été donné à son père. » Si donc plusieurs enfants sont appelés à succéder par représentation, et si les uns acceptent et que les autres renoncent, les acceptants seuls sont tenus au rapport, les renonçants n'y sont pas tenus.

Ici la cour nous arrête. L'obligation du rapport, dit-elle, est indivisible à l'égard des représentants, comme elle l'eût été à l'égard du représenté. Celui-ci n'aurait pas pu, par une renonciation partielle à sa qualité d'héritier, s'affranchir pour partie de l'obligation du rapport, en invoquant l'article 845; de même ceux qui le représentent ne peuvent, les uns en répudiant, les autres en acceptant, diviser les effets de l'obligation du rapport imposée à la souche dont ils sont les rameaux. Est-il bien vrai que l'obligation du rapport soit indivisible? Elle consiste à remettre dans la masse les objets mobiliers ou immobiliers que l'héritier a reçus du défunt; rien n'est plus divisible. Sans doute, l'héritier donataire ne peut pas faire un rapport partiel, par l'excellente raison qu'il ne peut ni accepter ni renoncer pour partie; héritier pour le tout, il doit nécessairement le rapport pour le tout, non parce que le rapport est indivisible, mais parce qu'il est seul débiteur, et débiteur pour le tout. Mais si l'héritier donataire prédécède laissant plusieurs enfants, ses droits et ses obligations se divisent. Il en doit être de même des droits qu'il aurait eus dans la succession de son père, s'il avait survécu, ainsi que des obligations attachées à ces droits; en d'autres termes, les représentants viennent à la succession de leur aïeul, chacun pour sa part héréditaire, donc ils doivent aussi être tenus du rapport pour cette même part. Chose remarquable! La cour admet la division quant au droit d'hérédité; elle permet à chacun des petits-enfants d'accepter ou de répudier pour sa part; pour être logique, elle aurait aussi dû admettre que chacun d'eux n'est tenu de l'obligation du rapport que pour sa part.

La cour de cassation a prévu l'objection; voici ce qu'elle

répond. Les représentants avaient accepté la succession du représenté, ils y ont recueilli le droit de leur mère, qui consistait, soit à accepter la succession en rapportant tous les biens donnés, soit à la répudier en conservant les biens donnés jusqu'à concurrence de la quotité disponible; mais ils ne sauraient exercer ce droit que comme leur mère l'eût exercé elle-même, et sous les mêmes conditions, c'est-à-dire sous la condition du rapport intégral. Cette partie de l'arrêt nous paraît très-faible. Il n'est pas exact de dire que les représentants trouvent dans la succession du représenté le droit de venir à la succession de leur aïeule, puisque l'article 848 leur donne ce droit alors même qu'ils auraient renoncé à la succession de leur mère. Ils tiennent leur droit de la loi. Ce droit se divise-t-il? Oui, d'après la cour de cassation; donc l'obligation du rapport doit aussi se diviser.

Cette division soulève une autre difficulté. La part des deux enfants renonçants accroît à leurs cohéritiers. Ceux-ci prenant tout le droit du représenté, ne doivent-ils pas être tenus de toute l'obligation du rapport? Cette opinion, soutenue par M. Labbé dans une excellente note qui accompagne l'arrêt dans le Recueil de Sirey, nous paraît plus juridique que celle de la cour de cassation. Toutefois elle nous laisse un scrupule. L'obligation du rapport n'est pas une dette. Les dettes doivent être supportées pour le tout par l'héritier acceptant auquel accroissent les parts des renonçants. Quant au rapport, c'est une obligation entre cohéritiers, elle suppose que les héritiers viennent à la succession; ceux qui n'y viennent pas n'en sont pas tenus. Donc les renonçants ne sont tenus à aucune obligation de rapport; dès lors nous ne voyons pas comment les acceptants devraient, du chef des renonçants, un rapport auquel ceux-ci ne sont pas tenus (1).

**563.** L'article 848 ne parle que du rapport des donations. Que doit-on décider du rapport des dettes dont le représenté et le représentant étaient débiteurs envers le

(1) Rejet, 15 juin 1870, de la chambre civile, après délibéré en chambre du conseil et sur les conclusions contraires de l'avocat général de Raynal (Sirey, 1870, 1, 329).

défunt auquel le représentant est appelé à succéder? La loi assimile le rapport des dettes à celui des donations; donc nulle difficulté quand le représentant est débiteur de celui à qui il succède : on est dans la règle générale, par conséquent il faut appliquer les principes que nous exposerons plus loin sur le rapport des dettes. Il n'y a pas de doute non plus si le représenté était débiteur et si le représentant accepte la succession; en l'acceptant il devient débiteur, et partant l'on se trouve de nouveau sous l'empire du droit commun. Mais le représentant peut renoncer à la succession du représenté et venir néanmoins à la succession que celui-ci aurait recueillie s'il eût survécu. Est-ce que, dans ce cas, il devra aussi le rapport des dettes dont le représenté était tenu? La doctrine et la jurisprudence tiennent l'affirmative On se fonde sur les principes qui régissent la représentation. Si le représenté avait survécu, il aurait dû rapporter ce qu'il devait; donc le représentant en doit aussi le rapport (1). Il y a cependant un motif de douter. N'est-ce pas pousser trop loin l'assimilation des donations et des dettes? La première condition requise pour qu'il y ait rapport des dettes, c'est qu'il y ait dette; or, quand le représentant renonce à la succession du représenté, il n'y a plus de dettes, en ce sens que le représentant n'en est pas tenu : n'étant pas débiteur, comment serait-il tenu au rapport de dettes qui à son égard n'existent pas? On répond, et la réponse est péremptoire, qu'il ne s'agit pas de savoir si le représentant est débiteur personnel, il s'agit de savoir si le représenté était débiteur du défunt; dès que le représenté était débiteur et tenu au rapport, la question est décidée quant au représentant (2). Même décision lorsque le représentant accepte la succession du représenté sous bénéfice d'inventaire; comme héritier bénéficiaire, le représentant n'est tenu de la dette du représenté que jusqu'à concurrence de son émolument; n'en doit-il le rapport que dans cette

(1) Demolombe, t. XVI, p. 238, nº 201, et les autorités qu'il cite. Rejet, 17 février 1807 et Grenoble, 27 décembre 1832 (Dalloz, au mot *Succession*, nº 1045).
(2) Paris, 27 juillet 1850 (Dalloz, 1854, 5, 630).

même limite? C'est un motif de douter. Le motif de décider se puise dans le principe de la représentation : peu importe que le représentant soit tenu de la dette, peu importe aussi comment il en est tenu ; ce qui est décisif, c'est que le représenté était débiteur du défunt, et que le représentant entre dans ses droits et dans ses obligations (1).

Il va sans dire que le représentant n'est pas tenu de rapporter la dette du représenté, lorsque le représenté n'était pas débiteur. Le cas s'est présenté devant la cour de cassation dans l'espèce suivante. L'aïeul, après la mort de son fils, se porte caution de sa succession; la somme pour laquelle il s'est porté caution, c'est-à-dire le cautionnement, n'est pas une dette du fils, puisque la dette n'a été contractée qu'après sa mort; c'est au contraire une dette de l'aïeul, donc les petits-fils n'en sont tenus que s'ils succèdent à leur aïeul. On suppose, bien entendu, que le petit-fils a renoncé à la succession de son père, ou l'a acceptée bénéficiairement. S'il était héritier pur et simple de son père, il prendrait l'hérédité grevée des dettes que l'aïeul a cautionnées, et il serait par conséquent tenu envers la caution, donc aussi au rapport (2).

**564.** Les principes que nous venons d'exposer souffrent quelque difficulté dans l'application, lorsque la donation est faite à deux conjoints ou à la communauté. Nous y reviendrons au titre du *Contrat de mariage*.

II. *Il faut venir à la succession du donateur.*

**565.** Aux termes de l'article 850, le rapport ne se fait qu'à la succession du donateur. Pothier dit que cela est évident. En effet, quel est l'objet du rapport? C'est de maintenir l'égalité entre les héritiers lorsque l'un d'eux a reçu une libéralité du défunt; c'est donc à la succession de celui qui a fait cette libéralité que le rapport doit se faire. Si les auteurs du code ont cru devoir formuler une

(1) Poitiers, 26 juin 1856 (Dalloz, 1856, 2, 189).
(2) Cassation, 5 janvier 1859 (Dalloz, 1859, 1, 56); Demolombe, t. XVI, p. 239, n° 201 *bis*.

règle aussi évidente, c'est pour prévenir les contestations qui auraient pu s'élever dans l'application. Un petit-fils reçoit une donation de son aïeul; il va sans dire qu'il en doit le rapport s'il succède à son aïeul; mais s'il succède à son père, il n'en devra pas le rapport. Il y a cependant, sinon un motif de douter, du moins une objection puisée dans l'équité. Les autres petits-fils qui succèdent à leur père avec le donataire auraient pu dire que si leur aïeul ne lui avait pas fait cette donation, la chose donnée aurait passé à leur père, que la donation l'a par conséquent fait sortir indirectement du patrimoine de leur père, en ce sens que la succession du père s'en trouve amoindrie; de là ils auraient pu conclure qu'il y avait lieu au rapport. Nous avons répondu plus d'une fois à cette objection que l'équité oppose au droit. Dès que l'égalité règne entre les héritiers du défunt, ceux-ci n'ont pas le droit de se plaindre; or, la chose donnée au petit-fils par son aïeul n'a jamais été dans le patrimoine du père; donc on ne peut pas dire que sa succession en soit appauvrie. Qu'importe que l'un des petits-fils ait reçu cette chose de l'aïeul? Ce n'est pas celui qui profite d'une libéralité qui en doit le rapport, c'est celui qui l'a reçue du défunt à la succession duquel il est appelé. Le petit-fils n'est pas donataire de son père, donc il ne doit pas le rapport (1)

**566**. Qui est le donateur? Voilà encore une question dont la solution, en général, est évidente. La donation est un contrat; pour savoir qui est donateur ou donataire, il suffit de lire l'acte où figurent les parties contractantes. Mais la question se complique lorsque la donation a été faite par deux époux conjointement, ou par un seul époux, soit en effets dépendant de la communauté, soit en biens personnels. Nous renvoyons ces difficultés au titre du *Contrat de mariage*.

(1) Chabot, t. II, p. 457, n° 1 de l'article 850. Demolombe, t. XVI, p. 333, n° 235.

## § III. *De la dispense de rapport.*

### N° 1. OBJET DE LA DISPENSE.

**567.** La loi permet à celui qui fait une libéralité de dispenser du rapport le donataire ou le légataire. Cette dispense a une limite qui dérive des principes établis par le code sur la quotité disponible. L'article 844 porte : « Dans le cas même où les dons et legs auraient été faits par préciput ou avec dispense du rapport, l'héritier venant à partage ne peut les retenir que jusqu'à concurrence de la quotité disponible. » Dans le système du code, le défunt qui a des héritiers réservataires ne peut disposer que d'une partie de ses biens, peu importe en faveur de qui il en dispose. Si donc il donne à l'un de ses héritiers, il ne peut lui donner que le disponible; l'excédant, dit l'article 844, est sujet à *rapport*. Il faut dire à *réduction*. Il y a lieu à *rapport* pour les libéralités faites en avancement d'hoirie. Quant aux libéralités faites sur le disponible, elles ne sont pas rapportables; tant qu'elles n'excèdent pas le disponible, elles reçoivent leur entière exécution; dépassent-elles le disponible, elles sont sujettes à *réduction*. La question de savoir s'il y a lieu à réduction ou à rapport n'est pas une dispute de mots; le rapport et la réduction sont régis par des principes différents, comme nous le dirons au titre des *Donations*.

Il n'y a aucune difficulté en ce qui concerne les différences qui séparent la réduction et le rapport. La plupart des auteurs en concluent que l'expression de *rapport* dont se sert l'article 844 est inexacte, et qu'il faut la remplacer par celle de *réduction*. Demante et, à sa suite, M. Demolombe ont soutenu que le mot est exact; les auteurs du code l'emploient encore dans l'article 866 qui prévoit également l'hypothèse d'une donation excédant le disponible. Il y a rapport en ce sens que la donation réductible étant faite à l'un des héritiers, il remet dans la masse la partie de la libéralité qui est retranchée par suite de l'action en réduction. Mais on ajoute que cette remise n'est pas un

rapport dans le sens juridique du mot. Les auteurs que nous venons de citer ont à cet égard une singulière théorie. Ils appliquent à la remise que les articles 844 et 866 qualifient de rapport les règles qui régissent le rapport, notamment celles qui concernent le mode de faire le rapport, selon les diverses natures de biens (art. 859, 868 et 869). Mais, disent-ils, de ce que la loi appelle cette remise un rapport, et l'assujettit par conséquent aux règles du rapport, il ne faut pas conclure que ce ne soit pas une réduction : le droit de l'envisager ainsi ne saurait être refusé aux cohéritiers du donataire, si les principes du rapport ne suffisent pas pour leur assurer l'intégrité de leur réserve. Tel serait le cas où la chose donnée aurait été aliénée : le rapport ne donne pas une action contre les tiers (art. 866), tandis que les tiers acquéreurs sont atteints par l'action en réduction (art. 930) (1). Le rapport et la réduction étant deux institutions différentes, qui ont un but différent et qui sont soumises à des principes différents, nous ne comprenons pas qu'il y ait lieu tout ensemble à rapport et à réduction. S'il est vrai, comme on le dit, que la loi soumet au *rapport* la libéralité réductible faite à l'un des héritiers, il faut être conséquent et appliquer toutes les règles du rapport; les cohéritiers n'auront pas le droit d'invoquer les principes de la réduction lorsque la loi soumet une libéralité au rapport. Que si, au contraire, on applique les principes de la réduction, il faut reconnaître que la loi s'est trompée en qualifiant de rapport ce qui en réalité est une réduction.

**568.** Qui peut dispenser du rapport? Le donateur, et le donateur seul; car c'est à lui à voir s'il veut faire une libéralité sur son disponible ou une avance sur sa future succession. Il y a cependant un cas où il y a quelque doute. Le mari dote en biens de la communauté un enfant commun et le dispense du rapport. La femme accepte la communauté; en résultera-t-il que la dispense de rapport existera pour la moitié de la dot qui est censée con-

(1) Demante, t. III, p. 267, n° 178 *bis* II. Demolombe, t. XVI, p. 261, n° 233.

stituée par la femme? Il a été jugé que la dispense de rapport n'est valable que pour la moitié de la dot qui tombe à charge du mari, et que l'autre moitié doit être rapportée à la succession de la mère. La dispense, dit l'arrêt, doit procéder de la volonté personnelle du disposant, et aucune loi n'autorise le mari à disposer au profit de l'un de ses enfants de la quotité disponible de sa femme (1). Cette décision nous paraît douteuse. Certes, le mari ne peut pas disposer du disponible de sa femme, mais il ne peut pas davantage donner un bien qui appartient à sa femme. Pourquoi donc l'article 1439 décide-t-il que la femme doit supporter la moitié de la dot constituée par son mari à l'enfant commun en effets de la communauté? C'est qu'en acceptant la communauté, la femme s'approprie tous les actes du mari, en ce sens qu'elle est censée avoir concouru à tous les actes qu'il a faits, comme si elle avait parlé au contrat; donc elle est censée être partie à l'acte par lequel le mari a dispensé l'enfant du rapport; c'est dire que, par l'effet de l'acceptation, on peut et on doit dire que la femme a donné la moitié de la dot, et l'a donnée avec dispense de rapport.

**569.** L'héritier donataire par préciput peut-il renoncer à la dispense de rapport, et quel est l'effet de sa renonciation? Qu'il puisse y renoncer, cela ne fait aucun doute, puisque la dispense n'est établie qu'en sa faveur. L'effet de la renonciation est que la donation doit être rapportée en entier à la succession; les biens donnés seront donc compris dans la masse à partager; peu importe que le rapport se fasse en nature ou en moins prenant, la succession profitera toujours des biens rapportés. La donation étant résolue par le rapport, les biens donnés sont considérés comme faisant partie du patrimoine du défunt, ce sont donc des biens héréditaires. La cour de cassation a tiré de là une conséquence très-juridique et très-intéressante en ce qui concerne les droits de mutation. Dans l'espèce, l'héritier donataire était grevé d'une soulte; s'il l'avait payée de ses deniers, on aurait dû acquitter les

(1) Douai, 26 janvier 1861 (Dalloz, 1861, 2, 235).

droits de mutation; il renonce à la dispense de rapport, et la soulte est imputée sur la donation préciputaire; de cette manière elle se paye en biens de l'hérédité, c'est-à-dire qu'il n'y a plus de mutation, ni partant de droits à payer. Vainement dirait-on que c'est éluder la loi fiscale; on ne l'élude pas en se servant d'un moyen légal qui prévient l'application du droit de soulte (1).

**570.** Il ne faut pas conclure de là que la donation par préciput puisse toujours être convertie en un avancement d'hoirie. Les conventions peuvent, à la vérité, se dissoudre par un consentement contraire. Mais cette règle reçoit exception lorsqu'il s'agit de conventions faites dans un contrat de mariage. Aux termes de l'article 1395, les conventions matrimoniales ne peuvent recevoir *aucun changement* après la célébration du mariage. Cette disposition est absolue; quelle que soit la modification que l'on veuille apporter à une convention quelconque faite par contrat de mariage, elle est frappée de nullité, car la prohibition de l'article 1395 est sanctionnée par la nullité, comme nous le dirons au titre du *Contrat de mariage*. Donc si une libéralité est faite par préciput, c'est-à-dire sur le disponible, elle ne peut plus être changée en avancement d'hoirie; ce serait modifier une convention matrimoniale. La cour de cassation l'a décidé ainsi. Par contrat de mariage, les père et mère avaient dispensé leurs enfants du rapport en nature des immeubles donnés, en remplaçant le rapport en nature par celui d'une somme d'argent pour chacun des donataires. Il résultait de cette clause que les donataires étaient devenus propriétaires incommutables des immeubles, et par suite la différence entre la valeur réelle des immeubles, à l'ouverture de la succession et la somme rapportable, était acquise à chaque donataire comme avantage préciputaire, imputable dès lors sur la quotité disponible. Cette situation, dit l'arrêt, créée par des contrats de mariage, ne pouvait plus être changée. De fait, les père et mère avaient, dans un partage d'ascendant postérieur, enlevé aux donations dotales leur caractère préciputaire

(1) Rejet, 11 décembre 1855 (Dalloz, 1856, 1, 24).

pour les transformer en avancement d'hoirie. La cour d'Angers valida le partage d'ascendant qui renfermait ces modifications; sa décision fut cassée par application de l'article 1395 (1). Il nous semble que la question n'est pas douteuse.

### N° 2. DE LA DISPENSE EXPRESSE.

**571.** L'article 843, après avoir imposé à l'héritier l'obligation de rapporter ce qui lui a été donné ou légué par le défunt, ajoute : « A moins que les dons et legs ne lui aient été faits expressément par préciput et hors part, ou avec dispense du rapport. » Il suit de là que la dispense de rapport est une clause accessoire de la donation ou du legs, et par conséquent un acte solennel; en effet, la disposition principale est un acte solennel, la donation étant un acte authentique et le testament ne pouvant être fait que dans les formes prescrites par la loi. L'article 919 confirme cette interprétation : « La déclaration que le don ou le legs est à titre de préciput ou hors part pourra être faite, soit par l'acte qui contiendra la disposition, soit postérieurement dans la forme des dispositions entre vifs ou testamentaires. » Cela prouve que, dans la pensée du législateur, la dispense de rapport est un élément essentiel de la donation ou du legs, et doit par conséquent se faire dans les mêmes formes.

La jurisprudence a consacré une grave dérogation à ce principe en ce qui concerne les donations; elle admet que les libéralités peuvent être faites valablement sous la forme d'un contrat à titre onéreux. Dans cette doctrine, il est certain que la dispense de rapport peut se faire sans forme solennelle, en ce sens que le même acte qui constatera la donation peut contenir la clause de préciput. C'est l'application du principe que le code lui-même suit en cette matière : le préciput est l'accessoire de la libéralité, et soumis par conséquent aux mêmes formes que la disposition principale; donc dans les cas où celle-ci se fait sans

(1) Cassation du 28 mars 1866 (Dalloz, 1866, 1, 397).

forme, la clause accessoire n'est pas davantage assujettie à une solennité quelconque. Lorsque la libéralité se fait sous forme de vente, la clause de dispense pourra se faire par acte sous seing privé. Pour mieux dire, l'écrit ne sera plus qu'une question de preuve : la vente peut se prouver sans qu'il y ait un écrit, donc aussi la clause de préciput, quand elle est une clause de la vente (1).

Un père, créancier de son fils, consent avec les autres créanciers un concordat qui ne libère le débiteur que jusqu'à meilleure fortune. Le fils restait donc débiteur envers son père de la portion de la dette qui lui avait été remise conditionnellement, et il aurait dû en faire le rapport à la succession de son père. Celui-ci, deux mois avant sa mort, le libéra de tout ce qu'il redevait par suite de la faillite, et déclara lui donner quittance pour solde. Cette libération, dit l'arrêt, était inutile au moment où le père la donnait, puisque le fils n'était pas revenu à meilleure fortune ; il ne pouvait avoir pour but que d'affranchir l'héritier du rapport à la succession, puisque alors seulement le fils se trouverait en état de payer sa dette (2). Voilà une libéralité faite sous forme de quittance, et en même temps une dispense de rapport affranchie de toute forme. La conséquence est incontestable dès que l'on admet le principe consacré par la jurisprudence sur la validité des donations faites par contrat onéreux.

**572.** L'article 919 suppose que la déclaration de préciput n'a pas été faite dans l'acte qui contient la disposition ; elle pourra se faire postérieurement, dit la loi, dans la forme des dispositions entre vifs ou testamentaires. Il résulte de là que le disposant peut toujours augmenter sa libéralité en la dispensant du rapport. Le peut-il aussi si la donation a été faite par contrat de mariage? Nous venons de dire qu'une donation préciputaire faite par contrat de mariage ne peut être changée en avancement d'hoirie, parce que toutes les dispositions contenues dans

(1) Comparez Aubry et Rau sur Zachariæ, t. IV, p. 462 et note 3. Demolombe, t. XVI, p. 267, n° 229; Bruxelles, 2 mai 1864 (*Pasicrisie*, 1864, 2, 300).
(2) Douai, 14 janvier 1858 (Dalloz, 1859, 2, 88).

un contrat de mariage sont irrévocables (n° 570). Par identité de motifs, il faut décider qu'une donation faite en avancement d'hoirie, par contrat de mariage, ne peut être convertie en donation préciputaire. C'est une conséquence rigoureuse, mais logique, de l'irrévocabilité des conventions matrimoniales.

Si la libéralité a été faite dans un acte ordinaire, il y a lieu d'appliquer l'article 919 : la dispense de rapport pourra se faire par un acte authentique postérieur, dans lequel toutes les formes et les conditions prescrites pour la donation devront être observées, sous peine de nullité de l'acte et par suite de la clause, puisque dans ce cas le préciput est un acte solennel. La dispense de rapport pourra aussi se faire par testament dans les formes prescrites par la loi. Il va sans dire que la dispense par acte de dernière volonté est révocable; cela est de l'essence des testaments.

La clause de préciput change la nature de la libéralité; ce qui était un avancement d'hoirie devient une donation préciputaire. Cette modification ne peut pas porter atteinte aux droits acquis en vertu du premier acte. Si donc, après avoir fait un avancement d'hoirie, le donateur fait une donation avec dispense de rapport, cette libéralité sera imputée sur le disponible, et donnera un droit irrévocable au donataire, en supposant que la réserve n'est pas entamée; si ensuite le donateur ajoute la clause de préciput à la première libéralité, cette nouvelle donation faite sur le disponible ne pourra pas porter atteinte aux droits du second donataire (1).

**573**. L'article 843 dit que toute libéralité doit être rapportée, à moins qu'elle n'ait été faite *expressément* par préciput et hors part ou avec dispense de rapport. Que faut-il entendre par le mot *expressément?* Nous entrons ici dans une mer de doutes; autant le texte de la loi est clair et formel, autant la doctrine et la jurisprudence sont incertaines et hésitantes. Une cour se plaint, et non sans rai-

(1) Chabot, t. II, p. 345, n° 8 de l'article 843; Zachariæ, t. IV, p. 462, notes 3 et 4; Demolombe, t. XVI, p. 265, n°s 226-228.

son, de l'extrême relâchement de la jurisprudence en cette matière; elle signale, en les réprouvant, les tendances de certaines doctrines manifestement contraires à l'esprit du code Napoléon (1). La faute en est peut-être au législateur : en assujettissant les legs au rapport, à moins qu'ils n'aient été faits expressément par préciput, il s'est mis en opposition évidente avec la volonté du testateur (n° 547); quand les tribunaux se trouvent en face d'une volonté certaine du défunt, ils mettent la volonté de l'homme au-dessus de la présomption trop absolue de la loi. La doctrine est plus à son aise, elle n'a affaire qu'aux principes. Nous les maintiendrons contre la jurisprudence et contre les auteurs qui se sont laissé influencer par la jurisprudence : nous ne connaissons d'autre autorité que celle de la loi, son texte et son esprit.

Le texte de l'article 843 est on ne peut pas plus clair : il veut que la dispense se fasse *expressément*. L'article 919 répète ce mot, et il l'explique en ajoutant : « la *déclaration* que le don ou le legs est à titre de préciput ou hors part pourra être faite. » Donc il faut une *déclaration*, c'est-à-dire une manifestation de volonté faite par paroles. Nous retrouvons la même pensée dans l'article 932 qui exige que la donation soit acceptée en *termes exprès*. Il faut donc des *termes*, c'est-à-dire des paroles expresses La loi marque encore sa volonté en indiquant quels sont les termes dont il convient de se servir : *préciput, hors part, dispense du rapport*. Est-ce à dire que ces mots soient sacramentels? Non; il n'y a jamais de termes sacramentels que les parties intéressées doivent employer. Le langage est destiné à exprimer la pensée; le législateur permet à chacun d'exprimer sa pensée comme il l'entend. La tradition est en ce sens. On trouve déjà le mot *expressément* dans la novelle 118 (2); on l'a toujours entendu dans les pays de droit écrit en ce sens que le donateur doit manifester sa volonté clairement, de manière qu'il n'y

(1) Bastia, 26 décembre 1855 (Dalloz, 1856, 2, 150).
(2) Chap. VI : « *Nisi* EXPRESSIM *designaverit ipse (parens) se non velle fieri collationem.* »

ait aucun doute sur son intention (1). Cette interprétation doit être suivie sous l'empire du code; elle est en harmonie avec le texte et avec l'esprit de la loi. Le législateur veut que l'égalité règne parmi les héritiers; et il suppose que telle est aussi l'intention du défunt, alors même qu'il fait une libéralité à un de ses héritiers; pour maintenir l'égalité, la loi déclare toutes les donations rapportables. Ce n'est donc que par exception à une présomption légale que les libéralités sont affranchies du rapport. Or, toute exception, qu'elle soit légale ou conventionnelle, doit être écrite dans la loi ou dans la convention; il est donc de l'essence des exceptions qu'elles soient expresses, c'est-à-dire manifestées par des termes exprès, sauf aux parties à se servir des mots qui répondent le mieux à leur pensée et dont elles connaissent le sens (2). Cela est surtout vrai des testaments, qui le plus souvent sont l'œuvre du testateur: comme il ignore le langage des lois, on ne peut exiger de lui qu'il s'en serve; tout ce qu'on peut demander, c'est qu'il exprime clairement sa pensée.

Au lieu de répéter les exemples que l'on trouve dans tous les auteurs (3), nous citerons un testament sur lequel il est intervenu un arrêt. Le testateur y disait qu'il voulait que sa famille respectât toutes les donations manuelles et autres dispositions gratuites déjà faites par lui et qu'il se proposait de faire encore jusqu'à son décès, « sans que qui que ce fût eût rien à dire ou pût faire quelque recherche à cet égard. » Le testateur ne savait peut-être pas ce que c'était que le rapport et la dispense de rapport; néanmoins sa volonté était bien certaine et énergiquement exprimée: il veut que les dons qu'il a faits reçoivent leur entière exécution, il défend que les donataires soient inquiétés par ses héritiers : c'est dire qu'ils doivent conserver leurs dons, partant, s'ils sont héritiers, qu'ils ne sont pas tenus au rapport (4).

(1) Duranton, t. VII, p. 316, n° 219. Demolombe, t. XVI, p. 272, n° 232.
(2) Comparez Chabot, t. II, p. 345, n° 7 de l'article 843. Demante, t. III, p. 266, n° 177 *bis* III. Marcadé, t. III, p. 228, n° I de l'article 843. Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, p. 479, n° 696.
(3) Demolombe, t. XVI, p. 275, nos 235 et 236.
(4) Bruxelles, 13 novembre 1828 (*Pasicrisie*, 1828, p. 327).

**574.** La jurisprudence des cours de Belgique est, en général, dans le sens d'une interprétation restrictive du mot *expressément*. Un testateur lègue ses immeubles à titre particulier à chacun de ses neveux et nièces, sans faire aucune disposition de son mobilier. On prétend que ces legs sont dispensés du rapport. Certes, si l'on pouvait tenir compte de l'intention, on déciderait que la volonté du défunt a été que chacun de ses neveux et nièces conservât les immeubles qu'il leur avait légués, sauf à partager ensuite le mobilier. Mais le législateur ne se contente pas de l'intention, il veut qu'elle soit déclarée expressément. Or, dit la cour de Bruxelles, quoique les termes contenus en l'article 843 ne soient pas sacramentels, au moins faut-il que par des *termes équivalents* le testateur ait exprimé d'une manière non équivoque qu'il voulait faire les legs par préciput. Cela décidait la difficulté, car le testateur n'avait fait aucune déclaration, donc il n'y avait pas de dispense de rapport (1).

La cour de Gand a jugé de même que la loi n'exige pas de termes sacramentels ; il suffit, dit-elle, que la volonté de dispenser du rapport ne soit pas douteuse, et qu'elle se trouve dans l'acte même de disposition ou dans un acte postérieur. Cela est encore un peu vague, et l'on en pourrait induire que tout dépend de l'intention du disposant ; mais l'arrêt précise ensuite la pensée de la cour ; il faut que l'on rencontre la volonté de dispenser du rapport dans des *termes* quelconques de l'acte, dont l'appréciation est d'ailleurs laissée à l'arbitrage du juge. La cour, appréciant les termes dont la testatrice s'est servie, décide qu'elle a entendu dispenser les légataires du rapport (2).

La même cour a jugé dans le même sens, trente ans plus tard ; mais le dernier arrêt est moins précis que celui que nous venons d'analyser, bien que la décision soit fondée sur une interprétation restrictive de la loi. Il est de doctrine et de jurisprudence, dit l'arrêt, que la dispense de rapport n'exige pas de termes sacramentels, qu'elle peut

(1) Bruxelles, 7 mai 1831 (*Pasicrisie*, 1831, p. 128).
(2) Gand, 10 décembre 1836 (*Pasicrisie*, 1836, 2, 261).

même être implicite et résulter de la disposition elle-même et de l'ensemble de l'acte. La loi veut néanmoins qu'elle soit *expresse*, c'est-à-dire qu'elle ne se présume pas. Cela n'est pas assez dire, les articles 843 et 919 exigent plus, une *déclaration* de volonté, ce qui implique des *paroles quelconques*, comme le dit le premier arrêt de la cour. La cour ajoute que la volonté de dispenser du rapport doit être certaine et indubitable, et que tout doute s'interprète en faveur du rapport. Ici l'arrêt rentre dans l'interprétation rigoureuse de la loi : dès que l'on n'est pas dans l'exception, on rentre nécessairement dans la règle (1). Enfin, dans un arrêt récent, la même cour consacre formellement notre doctrine en exigeant que le donateur formule sa volonté en *termes exprès* (2).

**575.** La doctrine et la jurisprudence admettent que la dispense de rapport peut résulter de l'ensemble des diverses clauses de l'acte rapprochées et comparées (3). C'est un premier pas vers le relâchement; le texte des articles 843 et 919 implique la nécessité d'une *déclaration*, laquelle porte naturellement sur la dispense du rapport. Si l'on induit cette dispense de l'ensemble de l'acte, cela prouve qu'il n'y a pas de clause spéciale de préciput, ce qui nous met en dehors du texte et de l'esprit de la loi. Un seul auteur a osé exiger des termes équipollents à ceux que l'article 843 emploie. Levasseur a presque honte de son opinion : elle paraîtra singulière, dit-il, et ridicule. N'est-ce pas en faire justice? s'écrie M. Demolombe (4). C'est cependant cette opinion si extravagante qui est la seule vraie, seulement il ne faut pas l'exagérer. Chabot l'admet, et Chabot n'a jamais passé pour un extravagant. Pour que la dispense ait lieu, dit-il, il faut que les *termes* dont on s'est servi pour l'exprimer manifestent d'une manière non équivoque l'intention réelle qu'a eue le donateur de dispenser du rapport Chabot donne un exemple em-

(1) Gand, 20 février 1867 (*Pasicrisie*, 1867, 2, 229).
(2) Gand, 7 mars 1872 (*Pasicrisie*, 1872, 2, 245).
(3) C'est la formule de Demolombe, t. XVI, p. 278, n° 281
(4) Levasseur, *De la portion disponible*, p. 165. Demolombe, t. XVI, p. 279 n° 241.

prunté à la jurisprudence. Après avoir fait un don à un successible, le donateur déclare, dans le même acte, qu'à l'égard de ses *autres* biens, il veut que le partage s'en fasse *par égalité* entre le donataire et ses cohéritiers; il manifeste très-clairement par cette *déclaration* son intention que le donataire prélève par préciput les choses qu'il lui a données, ce qui est une dispense de rapport (1). Ainsi formulée, l'opinion générale se concilie avec le texte et avec l'esprit de la loi : il y a une déclaration, comme le veut l'article 919, et cette déclaration est expresse, comme le prescrit l'article 843, puisqu'elle est exprimée par des paroles, par des clauses formelles qui manifestent l'intention du disposant.

L'écueil de cette doctrine est dans l'application. Il faut se garder d'admettre comme dispense expresse une prétendue dispense résultant de l'ensemble de l'acte, alors qu'il n'y a ni déclaration ni paroles qui expriment l'intention du disposant. Nous emprunterons quelques exemples à la jurisprudence. Un arrêt de la cour de Bruxelles commence par poser en principe « qu'il suffit, pour que l'héritier soit dispensé du rapport, que la volonté du défunt à cet égard soit assez clairement exprimée pour qu'il n'existe aucun doute sur son intention. » Le principe aurait pu être formulé d'une manière plus restrictive; on peut néanmoins l'accepter, pourvu qu'on l'applique avec sévérité. Dans l'espèce, le testateur disait qu'il avait fait un testament pour prévenir toute difficulté entre ses héritiers au sujet *du partage de sa succession*. Ces paroles sont déjà considérables; elles marquent la volonté du testateur d'assigner à chacun de ses héritiers les biens qu'il est appelé à recueillir dans le partage de la succession : c'est donc une espèce de partage que le testateur entend faire. Puis il dispose par des legs particuliers, en faveur de son aïeul paternel et de son aïeule maternelle, de la totalité de ses immeubles; il dispose aussi de l'universalité de son mobilier en faveur des mêmes légataires qu'il appelle ses

(1) Chabot, t. II, p. 345 nº 7 de l'article 843. Comparez Demolombe, t. XVI, p. 276, nºs 237-239

deux branches *héritières* : cette expression, dit l'arrêt, prouve que, dans l'intention du disposant, ses légataires devaient aussi être ses héritiers. Il y avait de plus un legs pour les pauvres de la commune. La cour conclut de l'ensemble de ces clauses et paroles que les legs particuliers en meubles et immeubles ne pouvaient être assujettis au rapport, puisque si on les rapportait, le partage que le testateur avait voulu faire n'aurait pas eu lieu, et toute la succession aurait dû faire l'objet d'un partage nouveau. Vainement dirait-on que les légataires n'avaient qu'à renoncer, pour être dispensés du rapport, en conservant leurs libéralités jusqu'à concurrence du disponible ; ce n'est certes pas là ce que le testateur voulait : on ne fait pas un partage pour des héritiers qui renoncent, et on ne prévient pas les difficultés d'un partage alors que, par suite de la renonciation, il y aurait eu lieu à un nouveau partage (1).

La cour de Turin a jugé qu'il y avait dispense de rapport, fondée sur l'ensemble de la disposition, lorsqu'un legs est fait de tous les meubles, linge, deniers, effets d'or et d'argent, et autres qui se trouveront dans la maison du testateur au jour de son décès. Ce legs était motivé sur la reconnaissance du testateur ; il entendait donc qu'il reçût son exécution : le motif de la libéralité impliquait la dispense de la rapporter. Venaient ensuite d'autres legs qui répartissaient le reste de l'hérédité entre les autres héritiers (2).

Le testateur fait un legs considérable à un de ses frères sous différentes charges, notamment à condition de payer une certaine somme à ses deux sœurs : c'étaient ses seuls héritiers naturels. Puis le testateur dit que le surplus de ses biens sera divisé par égales portions entre son frère et ses sœurs. N'était-ce pas déclarer expressément que le premier legs était fait hors part, c'est-à-dire avec dispense de rapport? L'arrêt ajoute que le testateur devait préférer le frère à ses autres héritiers ; cela résultait des circonstances de la cause. Voilà un motif que nous n'aimons pas ;

(1) Bruxelles, 31 janvier 1849 (*Pasicrisie*, 1849, 2, 34).
(2) Turin, 24 mars 1806 (Dalloz, au mot *Dispositions entre vifs*, n° 4210).

s'il était seul, il serait certes insuffisant pour constituer une dispense de rapport, car la dispense doit être écrite dans l'acte; nous n'en voudrions pas, même pour expliquer l'intention du testateur, car son intention doit être exprimée par des clauses et des paroles. Sur le pourvoi, la cour de cassation décida que le testateur avait, par la teneur de l'ensemble de ses volontés, dispensé l'héritier du rapport de sa libéralité aussi expressément que si la dispense avait été littéralement écrite (1).

### N° 3. DE LA DISPENSE VIRTUELLE.

**576.** On admet qu'il y a dispense virtuelle quand elle résulte de la nature de la disposition : si elle ne peut recevoir son exécution, telle que le testateur l'a évidemment entendue, qu'en dispensant le légataire du rapport, il y a dispense virtuelle, quoiqu'il n'y ait aucune expression qui rappelle en termes équipollents la clause de préciput (2). Cela est très-vague; dans cette forme générale, nous n'oserions pas admettre le principe de la dispense virtuelle. Nous trouvons une autre formule dans un arrêt de la cour de Gand. Le testateur ordonne que le légataire jouisse de sa libéralité d'une manière absolue et libre de toute charge et droits de succession. Il applique le surplus de ses biens à l'acquittement de ses dettes, frais funéraires et autres services religieux. Par suite de ces dispositions, il n'y avait rien à partager entre les héritiers, sinon les biens formant l'objet du legs : conçoit-on le rapport alors qu'il n'y a rien à partager (3)? Il y aurait donc dispense virtuelle dans les cas où la disposition exclut tout partage, et là où il n'y a pas de partage, il ne peut être question de rapport. Si l'on va plus loin, et si l'on admet que la volonté du testateur suffit, quoiqu'elle ne soit pas exprimée, on

(1) Rejet, 20 février 1817 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1104). Voyez d'autres exemples dans les arrêts de Paris, du 15 pluviôse an XIII (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1091) et de Riom, du 27 novembre 1819 (Dalloz, au mot *Dispositions entre vifs*, n° 712).

(2) Ce sont les termes de Belost-Jolimont sur Chabot, t. II, p. 378, note 1.

(3) Gand, 1er août 1857 (*Pasicrisie*, 1857, 2, 418).

risque de s'écarter complétement du texte et de l'esprit de la loi. On lit dans un arrêt « que la dispense de rapport peut s'induire de l'intention (1). » Si c'est là ce que l'on entend par dispense virtuelle, nous la rejetons décidément, car elle est contraire au texte formel de la loi : l'article 919 ne se contente pas de l'intention, il exige une *déclaration* de l'intention, et cette déclaration, d'après les articles 843 et 919, doit être *expresse*.

La cour de cassation a donc dépassé la loi en jugeant que la dispense de rapport peut résulter, soit de l'*intention du testateur*, soit du contexte des dispositions testamentaires, soit des conditions apposées aux libéralités (2). Il y a un arrêt postérieur qui reproduit la même formule, mais en omettant l'*intention du testateur* (3). La cour a senti qu'elle était allée trop loin, et qu'en dépassant la loi elle l'avait violée. Que l'on consulte l'intention du testateur quand il s'agit d'interpréter une clause de préciput, cela se comprend (4); mais admettre la dispense en vertu de la seule intention, sans déclaration aucune, c'est méconnaître les articles 843 et 919, c'est faire un nouveau code civil. On peut dire de tout legs qu'il implique l'intention de dispenser le légataire du rapport ; mais le code ne consacre pas cette théorie, il soumet les legs au rapport, à moins que le disposant n'en ait dispensé expressément le légataire. Telle est la loi ; il faut s'y tenir.

**577.** La doctrine et la jurisprudence admettent encore qu'il y a dispense virtuelle de rapport lorsque le testateur a fait une institution universelle. Cette institution, dit la cour de Montpellier, embrasse tous les biens délaissés par le testateur, sauf ceux compris dans des legs particuliers et ceux que la loi réserve aux légitimaires. Par là le disposant manifeste évidemment la volonté qu'à l'exception des biens réservés ou légués, tout le surplus de sa succes-

(1) Liége, 7 mai 1845 (*Pasicrisie*, 1846, 2, 223).
(2) Rejet de la chambre civile du 18 mai 1846 (Dalloz, 1846, 4, 435)
(3) Rejet, 15 avril 1854 (Dalloz, 1854, 1, 100).
(4) Voyez un exemple dans l'arrêt de rejet du 27 mars 1850 (Dalloz, 1854, 5, 631). Il y avait une clause expresse de préciput ; on discutait sur l'étendue et la portée de la clause : la question devait naturellement être décidée par l'intention du testateur.

sion appartienne exclusivement à son héritier universel. A quoi bon alors ajouter que l'institution est faite par préciput et hors part? Cette clause n'est exigée que pour prévenir tout doute sur la volonté du testateur; or, nul doute n'est possible lorsque, après avoir fait la part de chacun, le testateur déclare donner tout le reste à celui qu'il préfère et qu'il dénomme (1).

L'opinion généralement suivie nous laisse quelques doutes. Nous l'admettons lorsque la disposition exclut tout partage. Tel serait un testament par lequel le testateur instituerait un héritier et ferait des legs particuliers; toute la succession est partagée, il n'y a plus de partage à faire, partant pas de rapport. Pour mieux dire, il n'y a plus lieu au rapport, puisqu'il n'y a que des légataires, et le rapport n'est établi que pour les héritiers *ab intestat*. De même, s'il y a concours d'héritiers testamentaires et d'héritiers réservataires, les légitimaires prennent leur réserve par voie de réduction contre les légataires, et ceux-ci prennent le disponible; dans ce cas encore, il n'y a pas lieu à rapport, parce que les légataires, on le suppose, ne sont pas héritiers, et le rapport n'est prescrit qu'entre héritiers *ab intestat*. Mais si les légataires étaient héritiers, et s'ils se présentaient à l'hérédité, ils devraient le rapport de leurs legs, même universels. La loi, en soumettant les legs au rapport, ne distingue pas entre les diverses espèces de legs; et dans le système du code, il n'y a pas lieu de distinguer : toute libéralité est rapportable. Vainement invoque-t-on l'intention du testateur; la loi ne tient pas compte de cette intention, à moins qu'elle ne soit manifestée expressément; si l'intention était décisive, tout legs serait virtuellement dispensé du rapport, tandis que la loi y assujettit toutes les dispositions testamentaires (2).

**578**. Le père lègue à un de ses enfants tout ce dont

(1) Montpellier, 9 juillet 1833 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1095). Comparez Rejet du 25 août 1812 (Dalloz, *ibid.*, n° 1096, 3°) et du 10 juin 1846 (Dalloz, 1846, 4, 436), et les arrêts de cours d'appel cités *ibid.*, n^os^ 1095 et 1096, 1° et 2°. Zachariæ, édition d'Aubry et Rau, t. IV, p. 463 et note 8. Belost-Jolimont sur Chabot, t. II, p. 378.

(2) Levasseur, *Traité de la portion disponible*, n^os^ 152 et 153. En sens contraire, Demolombe, t. XVI, p. 279, n° 242.

la loi lui permet de disposer; il a été jugé que ce legs implique la dispense virtuelle du rapport. Si l'on soumettait le legs du disponible au rapport, dit-on, le legs resterait sans effet. Le père voulait avantager son enfant autant que la loi le lui permet, et il se trouvera qu'il ne lui aura rien donné du tout. Objectera-t-on qu'il n'a rien dit qui manifeste son intention? La cour de Caen répond que le disposant a manifesté l'intention de faire concourir sa volonté avec celle de la loi; or, cette volonté ne peut recevoir d'exécution que si le legs du disponible est dispensé du rapport (1). Cette réponse n'est pas décisive : l'on pourrait faire le même raisonnement pour toute espèce de legs. Si un père lègue à sa fille une ferme qui équivaut au disponible, et s'il le fait sans dispense de rapport, on peut dire également que le testateur a voulu que sa disposition concourût avec celle de la loi, et que c'est l'anéantir que de la soumettre au rapport. Cela est très-vrai, mais tel est le système du code; il faut prendre la loi telle qu'elle est. Le tribunal de la Seine avait adopté notre interprétation. Sa décision fut réformée en appel. La cour décida que donner le disponible, c'est manifester nécessairement et expressément l'intention de le donner, en laissant en outre au légataire la faculté de faire valoir ses droits héréditaires : l'intention, oui, mais l'intention *expresse*, non; or, la loi exige une manifestation expresse. La cour de cassation rejeta le pourvoi (2). Les arrêts de rejet n'ont aucune valeur doctrinale en cette matière, puisqu'il est de jurisprudence que les juges du fait ont un pouvoir souverain d'apprécier la nature et les effets des dispenses de rapport.

**579**. Le père fait une libéralité à l'un de ses enfants, en la grevant de substitution au profit des enfants nés et à naître (art. 1048). On demande si la substitution fidéicommissaire implique la dispense de rapport. L'affirmative, malgré quelques dissentiments, nous paraît certaine. Qu'est-ce que l'obligation du rapport? Elle résout la libé-

(1) Caen, 16 décembre 1850 (Dalloz, 1851, 2, 246).
(2) Rejet, 14 mars 1853 (Dalloz, 1853, 1, 199). En sens contraire, Demolombe, t. XVI, p. 280, n° 243.

ralité; le donataire la doit remettre dans la succession et le légataire doit l'y laisser, comme s'ils n'avaient jamais reçu de don ni de legs. Et qu'est-ce que la substitution? Elle impose à l'institué l'obligation de *conserver* les biens grevés de substitution, afin de les rendre aux substitués. Il est impossible que les biens donnés soient tout ensemble *conservés* et *remis* dans l'hérédité; donc la substitution l'emporte sur l'obligation du rapport. Ce qui confirme cette interprétation, c'est que la libéralité frappée de substitution ne s'adresse réellement pas à l'institué; elle a pour objet essentiel de conserver les biens aux substitués. C'est dire que nous ne sommes pas dans l'hypothèse pour laquelle l'obligation du rapport a été établie : il ne peut être question de maintenir l'égalité entre des héritiers dont l'un est grevé de substitution, car les véritables gratifiés sont les appelés, et ceux-ci ne sont pas héritiers; le rapport n'aurait donc pas de sens (1).

**580.** Un ascendant partage ses biens entre ses descendants, en avantageant l'un d'eux d'une manière directe ou indirecte. Les autres enfants peuvent-ils demander le rapport de cette libéralité? Non, certes. Ici l'on peut appliquer à la lettre le principe que nous avons posé (n°576). Le partage d'ascendant a pour objet de prévenir le partage qui devrait se faire entre les héritiers; il ne peut donc plus y avoir de partage, sauf un partage supplémentaire, et celui-ci laisse subsister le partage principal : c'est dire qu'il n'est plus question de rapport (2).

### N° 4. DES DONATIONS DÉGUISÉES.

**581.** Les donations déguisées sont-elles virtuellement dispensées du rapport? Il y a libéralité déguisée lorsqu'elle est faite sous forme d'un contrat à titre onéreux, ou quand

(1) Douai, 27 janvier 1819; Rejet, 7 juillet 1835, 25 février 1831 et 22 mai 1833 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1102). Demolombe, t. XVI, p. 283, n° 244; Zachariæ, édition d'Aubry et Rau, t. IV, p. 464 et note 9.
(2) Caen, 2 décembre 1847 (Dalloz, 1849, 2, 84); Paris, 1er avril 1851 (Dalloz, 1853, 2, 37).

le donateur la fait parvenir au donataire par l'intermédiaire d'une personne interposée. Cette question est vivement controversée : Chabot, Merlin, Grenier, après avoir soutenu qu'il y avait dispense du rapport, sont revenus à l'opinion contraire. Malgré les hésitations de ces grands jurisconsultes, nous avouons que la question ne nous a jamais paru douteuse. Elle est décidée par le texte, et si les interprètes avaient plus de respect pour le texte de la loi, il n'y aurait pas eu de controverse. Que dit l'article 843? L'héritier doit le rapport de *tout* ce qu'il a reçu du défunt, directement ou *indirectement*. Peu importe donc comment le successible a reçu la libéralité; la seule chose que le juge ait à examiner est si l'héritier a reçu une libéralité; dès que ce fait est constant, le donataire doit le rapport, à moins que le don ou le legs ne lui aient été faits expressément par préciput. Est-ce qu'une donation déguisée est une libéralité? Oui; donc elle est rapportable; elle ne sera dispensée du rapport que sous la condition déterminée par l'article 843, c'est-à-dire lorsqu'elle a été faite par préciput. Qu'oppose-t-on à une disposition aussi formelle? Que l'article 843 ne parle que des libéralités *indirectes*, et non des libéralités *déguisées*. Il y a, en effet, un article qui établit cette distinction (art. 1099); nous l'expliquerons au titre des *Donations;* pour le moment, nous n'avons affaire qu'à l'article 843; or, le sens du mot *indirectement* dans cet article n'est pas douteux, puisque la tradition l'établit; Pothier donne comme exemples de libéralités *indirectes* les libéralités déguisées sous l'apparence d'un contrat à titre onéreux, ou faites par personne interposée. Ce sont, en effet, là les moyens les plus usuels de faire une libéralité *indirecte*. Le code lui-même le dit : aux termes de l'article 853, les *avantages indirects* que présentent les conventions passées entre le défunt et l'héritier avantagé par cette voie sont sujets à rapport. Cela doit s'appliquer, par identité de motifs, à la donation qui se fait par personnes interposées. Donc il y a deux textes qui décident la difficulté, si difficulté il y a, l'article 843 qui pose le principe et l'article 853 qui l'applique; on peut en ajouter un troisième,

l'article 854, qui contient une disposition analogue à celle de l'article 853 (1).

A ces textes on oppose d'autres textes et la volonté du disposant (2). On cite les articles 847 et 849 qui prévoient des cas où des libéralités sont faites par personne interposée; que décident-ils? Que ces libéralités sont réputées faites avec dispense de rapport. Donc la loi admet une dispense virtuelle à raison de la précaution que le défunt a prise de cacher sa libéralité : il la fait à une personne qui n'est pas son héritier, pour témoigner que sa volonté est que le véritable donataire ne la rapporte pas. Il y a une présomption semblable quand le disposant a recours à un contrat à titre onéreux pour déguiser sa libéralité; il ne veut pas qu'elle soit soumise au rapport, c'est pour cela qu'il passe un acte qui en apparence n'est pas une libéralité. Il y a bien des réponses à faire à cette objection. Si l'on admet l'interprétation que nous avons donnée aux articles 847 et 849, en nous basant sur les travaux préparatoires, l'objection tombe d'elle-même, puisque, dans cette opinion, les articles 847 et 849 n'ont pas pour objet de régler les effets d'une interposition de personnes (n° 559). Mais admettons qu'il soit question, dans ces articles, de personnes interposées et de dispense de rapport; il suffit de les lire, en les prenant à la lettre, pour être convaincu qu'on ne saurait en faire une règle générale, car ils disent que les dons sont *réputés,* c'est-à-dire *présumés* faits par préciput. Est-ce qu'une présomption s'étend à des cas qui n'y sont pas prévus? Que dire de la présomption que les interprètes imaginent pour dispenser du rapport les libéralités faites sous forme d'un contrat onéreux? Peut-il y avoir d'autres présomptions légales que celles qui sont établies par une loi? Et en dehors des présomptions légales, il n'y a que les présomptions dites de l'homme, moyen de preuve que la loi admet quand la preuve testimoniale est admissible; peut-il être question de présomp-

(1) Voyez les autorités citées par Massé et Vergé sur Zachariæ, t. II, p. 406, note 17, et par Demolombe, t. XVI, p. 295, n° 253.

(2) Voyez Aubry et Rau sur Zachariæ, t. IV, p. 464 et notes 11-14, et les autorités qui y sont citées.

tions de l'homme et de preuve par témoins alors qu'il s'agit de savoir si le défunt, en donnant, a voulu dispenser le donataire du rapport? Il y a une incroyable confusion d'idées dans les arrêts qui consacrent cette étrange doctrine (1). Nous avons des textes qui décident la question; les articles 843 et 919 disent comment le disposant doit manifester sa volonté s'il a l'intention de dispenser le donataire du rapport : il doit le déclarer, dit la loi, et cette déclaration doit être expresse. Conçoit-on qu'après cela on vienne parler d'une dispense fondée sur une volonté présumée? Est-ce qu'une *intention présumée* est une *déclaration expresse?*

**582.** La cour de cassation s'est prononcée en faveur de cette opinion; mais, il importe de le constater, les arrêts qu'elle a rendus en cette matière sont à peine motivés, et l'on ne peut pas même dire qu'ils décident la question de principe, car ils ajoutent une restriction qui détruit le principe qu'ils semblent consacrer. La difficulté est de savoir comment la dispense de rapport doit se faire dans le cas d'une donation indirecte. Quand on lit l'article 843, la question étonne, car elle est tranchée par le texte. La loi commence par dire que l'héritier doit rapporter ce qu'il a reçu du défunt directement ou indirectement, puis elle ajoute : « à moins que les dons ou legs ne lui aient été faits expressément par préciput et hors part, ou avec dispense du rapport. » Ainsi une seule et même disposition embrasse les donations directes et indirectes, elles sont également soumises au rapport. Une seule et même disposition statue sur la dispense du rapport, en ce qui concerne les libéralités indirectes et directes ; le principe que l'article 843 établit pour les unes et pour les autres est identique : il faut une dispense expresse, ou, comme le dit l'article 919, une déclaration que le don ou le legs est à titre de préciput ou hors part. Donc la loi ne fait aucune différence entre les donations indirectes et les donations directes, en ce qui concerne la dispense de rapport. Le

(1) Nous nous bornons à citer le dernier arrêt rendu sur la matière (Poitiers, 3 décembre 1862, Dalloz, 1863, 2, 136. Comparez les arrêts cités par Demolombe, t. XVI, p. 295, n° 252).

législateur ayant parlé, comment se fait-il qu'il y ait controverse? L'étonnement augmente quand on voit la solution que la cour de cassation a admise : elle est en opposition ouverte avec le texte de la loi. On lit dans l'arrêt de 1843 (1) : « Il appartient aux juges du fait d'examiner si la volonté du donateur a été de dispenser le donataire du rapport. » Soit. Est-ce à dire qu'ils ont un pouvoir discrétionnaire? est-ce là ce que disent les articles 843 et 919? La seule condition que la cour impose aux juges du fait, c'est qu'ils ne s'attachent pas uniquement à la circonstance du déguisement pour prononcer la dispense du rapport. Demanderons-nous de quel droit la cour fait cette restriction? Et à quoi sert-elle? Les tribunaux n'ont qu'à déclarer que la dispense résulte des circonstances, pour que la cour suprême valide leurs décisions.

C'est la cour de cassation qui s'est arrogé, en cette matière, un pouvoir discrétionnaire ; ce pouvoir n'appartient à personne, car ce serait se mettre au-dessus de la loi. Les articles 843 et 919 exigent une déclaration expresse de volonté pour qu'il y ait dispense de rapport; est-ce que l'*intention résultant des circonstances de la cause* (2) est une *déclaration expresse?* La cour avoue que c'est une exception à la règle établie pour les donations en général. Nous prenons acte de l'aveu; il condamne la jurisprudence que nous combattons. L'arrêt de 1852 cite l'article 853, et convient que, aux termes de cette disposition, les donations, même indirectes, ne sont dispensées de rapport que lorsqu'elles ont été faites expressément avec cette condition. Mais il paraît qu'il y a dispense expresse et dispense expresse : « A raison de la nature particulière des actes de libéralité déguisés sous la forme de contrats à titre onéreux, il est permis aux juges du fait, *par exception au principe général*, d'interpréter l'intention du donateur, de

(1) Rejet, 20 mars 1843 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1122, 2°). Comparez Rejet de la chambre civile du 6 novembre 1855 (Dalloz, 1855, 1, 434).

(2) Rejet du 16 juillet 1855 (Dalloz, 1855, 1, 419) : « La donation déguisée n'est pas par elle-même, et par le seul fait du déguisement, dispensée du rapport, mais il appartient au juge du fait de décider, d'après les documents et circonstances du procès, si l'intention du donateur a été de l'en dispenser. »

décider qu'il a voulu donner avec dispense de rapport et d'attacher à *la volonté ainsi tacitement exprimée* les mêmes effets qu'à *une déclaration expresse de volonté* (1). » Ainsi il y a un principe général; la cour reconnaît que ce principe embrasse les donations indirectes aussi bien que les donations directes, et qu'il exige une dispense expresse; puis elle admet une exception en vertu de laquelle elle distingue entre les libéralités indirectes et les libéralités directes; il résulte de cette exception qu'en matière de dons indirects, une dispense implicite est une dispense expresse. Qui a donné à la cour le pouvoir d'apporter une exception à une règle générale établie par la loi? Elle a mille fois décidé qu'il n'appartient pas au juge de créer des exceptions, car créer des exceptions, c'est faire la loi, et faut-il dire à la cour de cassation qu'elle n'a pas ce droit-là?

**583.** Si au moins la cour alléguait un motif à l'appui de la doctrine arbitraire à laquelle elle a prêté l'appui de son autorité! Les arrêts ne donnent aucune raison. Devant les cours de Belgique, on a invoqué la tradition pour soutenir qu'il peut y avoir dispense de rapport fondée sur la volonté tacite du disposant. Voet l'enseignait. La dispense de rapport est un acte de volonté; or, il est de principe que la volonté se manifeste aussi bien par des actes et des faits que par des paroles (2). Cependant la loi romaine disait aussi que la volonté de dispenser devait se manifester *expressément*. Voilà au moins un argument; mais il s'applique à toute libéralité, sans distinction entre les dons directs et les dons indirects. La cour de Bruxelles l'a repoussé en citant le texte des articles 843 et 919 : la loi exige une déclaration expresse, donc une déclaration par paroles; c'est en ce sens que l'orateur du Tribunat disait que la dispense du rapport devait se lire dans l'acte. L'esprit et le texte de la loi sont donc d'accord pour rejeter une dispense fondée sur la volonté tacite du testateur.

On a fait une autre objection devant la cour de Bruxelles. La donation déguisée est une donation cachée, une libé-

(1) Rejet de la chambre civile du 10 novembre 1852 (Dalloz, 1852, 1, 307).
(2) Voet, lib. XXXVII, tit. VI, n° 27.

ralité que l'on veut tenir secrète. Dès lors il est impossible que l'intention de dispenser du rapport soit déclarée dans l'acte ; il faut donc permettre au juge de l'induire des faits et circonstances de la cause. La cour répond en donnant une leçon de morale à ceux qui prennent la défense des actes par lesquels on fraude la loi, en ce sens du moins que l'on veut soustraire à la loi du rapport des libéralités que l'on n'ose pas avouer publiquement. Ceux qui se plaignent qu'ils sont dans l'impossibilité de prouver la dispense de rapport par une déclaration patente, sont complices de cette espèce de fraude : qu'ils en subissent les conséquences(1)! La cour de Bruxelles oppose à ces vaines objections le texte de la loi ; elle exige pour les donations indirectes, comme pour les donations directes, une dispense expresse, c'est-à-dire exprimée dans les termes dont la loi se sert ou dans des termes équivalents (2).

Voilà la vraie doctrine du code. Si on la trouve mau vaise, qu'on la corrige! Mais que l'on respecte la loi tant qu'elle existe. La puissance des faits domine trop souvent le juge : quand il est bien convaincu que le disposant a voulu dispenser le donataire du rapport, il est difficile qu'il l'y soumette. Nous convenons volontiers qu'il se présente de ces hypothèses pour les donations déguisées, comme pour les testaments(3). Ce n'est pas une raison pour que l'interprète mette les faits au-dessus de la loi. Nous avons été heureux de nous appuyer sur la jurisprudence des cours de Belgique. Nous devons cependant ajouter que le dernier arrêt que la cour de Bruxelles a rendu en cette matière est un premier pas vers le relâchement qui règne en France et qu'une cour même a déploré : un arrêt de 1864 admet que l'intention formelle de dispenser peut résulter des faits et circonstances (4). La cour de Gand, dans un premier arrêt, a adopté la doctrine sévère con-

(1) Bruxelles, 26 juillet 1820 (*Pasicrisie*, 1820, p. 197); 28 décembre 1844 (*Pasicrisie*, 1845, 2, 127).

(2) Bruxelles, 7 juin 1821 (*Pasicrisie*, 1821, p. 397); 3 février 1849 (*Pasicrisie*, 1849, 2, 374); 29 novembre 1859 (*Pasicrisie*, 1860, 2, 208).

(3) Voyez un exemple dans un arrêt de Douai du 21 mai 1851 (Dalloz. 1852, 2, 254).

(4) Bruxelles, 2 mai 1864 (*Pasicrisie*, 1864, 2, 300).

sacrée par la cour de Bruxelles; puis elle s'en est écartée en jugeant que la quittance donnée par le vendeur du prix qu'il n'a pas touché est une dispense expresse du rapport (1). Non, c'est une libéralité indirecte, mais la libéralité indirecte est sujette à rapport aussi bien que la libéralité directe, à moins qu'il n'y ait une dispense expresse. La jurisprudence tend donc partout à s'écarter de la loi; ce n'est pas une raison pour l'accepter comme une loi. Mais c'est un avertissement pour le législateur : quand une loi est en désaccord avec les faits, le législateur doit se hâter de la changer.

## § IV. *Qui peut demander le rapport?*

**584.** L'article 857 porte que « le rapport n'est dû que par le cohéritier à son cohéritier. » C'est une obligation qui existe entre héritiers *ab intestat* pour maintenir entre eux l'égalité que la loi désire et qu'elle suppose être dans les intentions du défunt, alors même qu'il a fait une libéralité à l'un des successibles. Il suit de là que les cohéritiers sont tout ensemble créanciers et débiteurs, quand tous ou plusieurs ont reçu des libéralités du défunt. Nous avons vu qui doit le rapport (n^os^ 553 et suiv.); ceux qui sont débiteurs du rapport sont aussi créanciers. Il faut donc appliquer au droit de demander le rapport ce que nous avons dit de l'obligation de le faire : tout héritier *ab intestat*, bénéficiaire ou pur et simple, doit le rapport, et tout héritier le peut réclamer. L'héritier qui renonce pour s'en tenir à la libéralité qui lui a été faite ne peut pas plus demander le rapport qu'il n'y est tenu; il est censé n'avoir jamais été héritier, il ne peut donc plus être question d'égalité entre lui et ses cohéritiers; il rompt, au contraire, l'égalité, comme le dit la cour de Limoges, puisqu'il abandonne sa qualité de successible, c'est-à-dire d'héritier à titre égal, pour s'en tenir à celle de légataire, qui implique l'inégalité (2).

(1) Gand, 17 juin 1834 (*Pasicrisie*, 1834, 2, 145) et 24 avril 1855 (*Pasicrisie*, 1855, 2, 211). Comparez Liége, 4 février 1833 (*Pasicrisie*, 1833, 2, 37).
(2) Limoges, 14 juillet 1818 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1070).

**585.** Il ne faut pas confondre le rapport réel, dont il est traité au titre des *Successions*, avec le rapport fictif dont parle l'article 922. Les donataires ainsi que les réservataires peuvent demander la réunion fictive des biens donnés entre vifs aux biens qui se trouvent lors du décès, à l'effet d'établir le montant de la quotité disponible et de la réserve. De là on a voulu conclure que le conjoint donataire du disponible peut exiger le rapport des libéralités faites par son conjoint : l'erreur est évidente, car le conjoint donataire n'est pas héritier, il ne peut donc pas demander le rapport, aux termes de l'article 857 (1). Par contre, il ne faut pas conclure de l'article 857 que le conjoint donataire de la quotité disponible ne peut demander le rapport fictif en vertu de l'article 922; le rapport fictif doit être fait dès qu'il s'agit de déterminer le chiffre du disponible et de la réserve (2). Nous renvoyons au titre des *Donations* les difficultés qui se présentent en cette matière.

**586.** Les termes dans lesquels est conçu l'article 857 sont restrictifs : « Le rapport *n'est* dû *que* par le *cohéritier* à son *cohéritier*. » De là la cour de Toulouse a conclu que le droit de demander le rapport ne pouvait être exercé que par l'héritier, en ce sens que c'est un de ces droits attachés à la personne, que les créanciers ne peuvent pas exercer au nom de leur débiteur (3). L'erreur est évidente; si nous la signalons, c'est qu'elle tient à l'ignorance des principes les plus élémentaires, que l'on remarque si souvent dans les décisions judiciaires. Par *droits exclusivement attachés à la personne du débiteur*, l'article 1166 entend les droits qui ont un caractère essentiellement moral, bien qu'il s'y attache aussi un intérêt pécuniaire. Les successions et les rapports sont, au contraire, des droits exclusivement pécuniaires; ils rentrent donc dans la règle établie par l'article 1166, et non dans l'exception. Dans l'ancien droit, Lebrun avait soutenu la même erreur en invoquant un arrêt; Pothier le critique vivement. « Le

(1) Paris, 9 juin 1836 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1073, 1°).
(2) Rejet du 8 janvier 1834 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1074).
(3) Toulouse, 16 janvier 1835 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1084).

droit au rapport étant acquis au débiteur, dit-il, pourquoi les créanciers ne pourraient-ils pas l'exercer? n'est-ce pas un droit pécuniaire estimable et qui est *in bonis?* et les créanciers n'ont-ils pas le droit de se venger sur tout ce qui est *in bonis* de leur débiteur (1)? » Voilà les vrais principes; les termes restrictifs de l'article 857 n'y dérogent pas; car lorsqu'un créancier demande le rapport, c'est au nom de l'héritier, son débiteur; c'est donc toujours l'héritier qui est censé agir (2).

**587.** Aux termes de l'article 857, le rapport n'est pas dû aux créanciers de la succession. Que les créanciers de la succession, comme tels, ne puissent pas demander le rapport, cela est évident; il s'agit des créanciers chirographaires, lesquels n'ont aucun droit sur les biens qui sont sortis du patrimoine de leur débiteur. Or, les biens donnés entre vifs sont devenus la propriété irrévocable des donataires, les créanciers du donateur n'y ont plus aucun droit. Il suit de là qu'ils ne profitent pas même du rapport qui serait fait sur la demande d'un héritier; les biens rapportés sont, à la vérité, réunis dans la masse pour être partagés entre les héritiers, mais cette résolution des libéralités ne se fait que dans l'intérêt des héritiers, eux seuls la peuvent demander, eux seuls en profitent; à l'égard des créanciers, les biens donnés sont et restent sortis du patrimoine de leur débiteur.

En est-il de même du rapport des legs? les créanciers de la succession ne peuvent-ils pas le demander? L'article 857, conçu en termes absolus, semble s'appliquer aux legs aussi bien qu'aux dons entre vifs. Mais la distinction qu'il ne fait point résulte des principes. Les créanciers n'ont pas besoin de demander le rapport des legs; les choses léguées se trouvent encore dans la succession, et les créanciers sont payés sur les biens délaissés par leur débiteur, de préférence aux légataires; c'est l'application du vieil adage : *nemo liberalis nisi liberatus*. Le défunt

(1) Pothier, *Des successions*, chap. IV, art. II, § VI.
(2) Chabot, t. II, p. 505, n° 12 de l'article 857, et tous les auteurs (Aubry et Rau sur Zachariæ, t. IV, p. 446, note 15).

ne peut léguer que ce qu'il a, et il n'y a de biens que dettes déduites.

Ces principes sont élémentaires, mais sont-ils toujours vrais? Si la succession est acceptée purement et simplement par l'un des successibles, les créanciers de la succession deviennent les créanciers personnels de l'héritier, et jouissent des mênes droits qui appartiennent à tous les créanciers; donc ils peuvent invoquer l'article 1166 et demander le rapport au nom de l'héritier, leur débiteur, si celui-ci ne le fait pas. Cela est admis par tout le monde, sauf le dissentiment de MM. Massé et Vergé. Ils se fondent sur les termes généraux de l'article 857, lequel dit, sans distinction aucune, que les *créanciers de la succession* ne peuvent demander le rapport. La réponse à l'objection est facile; lorsque l'acceptation est pure et simple, il n'y a plus de créanciers de la succession, parce qu'il n'y a plus de succession distincte du patrimoine de l'héritier; les deux patrimoines étant confondus et n'en formant plus qu'un seul, il n'y a plus que des créanciers personnels de l'héritier, tous placés sur la même ligne et jouissant des mêmes droits. Pour faire une distinction entre eux, et donner aux uns le droit d'exiger le rapport que l'on refuse aux autres, il faudrait un texte qui fît exception aux principes généraux de droit. Dira-t-on que l'article 857 consacre cette exception? Ce serait résoudre la question par la question; car il s'agit précisément de déterminer le sens de l'article 857. La tradition ne laisse aucun doute; la doctrine que nous exposons est celle de Pothier; seulement Pothier, plus exact que les auteurs du code, a soin d'ajouter que le rapport n'est pas dû aux créanciers de la succession acceptée sous bénéfice d'inventaire (1).

L'article 857 n'est donc applicable que lorsque la succession est acceptée sous bénéfice d'inventaire. Dans ce cas, les créanciers du défunt restent créanciers de la succession, et par suite ils n'ont de droit que sur les biens héréditaires; or, les biens donnés entre vifs ne font plus

(1) Pothier, *Des successions*, chap. IV, art. III, § VI. Comparez Massé et Vergé sur Zachariæ, t. II, p. 398, note 10.

partie de l'hérédité, donc les créanciers n'y ont aucune action. Pothier en conclut que si l'enfant qui accepte la succession de son père sous bénéfice d'inventaire a reçu de son père une donation, il n'est pas obligé de compter aux créanciers des biens qu'il a reçus. Dans cette première hypothèse, il n'y a guère de doute, puisque l'enfant ne doit le rapport qu'à ses cohéritiers, il ne le doit pas aux créanciers de la succession. Pothier ajoute que si un cohéritier fait le rapport des libéralités qu'il a reçues, l'enfant héritier bénéficiaire ne doit pas compte aux créanciers de la part qu'il prend dans les biens rapportés. On pourrait dire que l'enfant n'a droit à cette portion de biens qu'en sa qualité d'héritier, et qu'il doit compte aux créanciers de tout ce qu'il reçoit comme héritier. La raison de décider, dit Pothier, est que les biens rapportés ne sont point de la succession, puisqu'ils n'appartenaient plus au défunt, étant sortis définitivement de son patrimoine (1). On a réclamé contre cette solution au nom de l'équité; peu importe, dit-on, que les biens soient ou non dans la succession, toujours est-il que l'héritier en profite, donc les créanciers de la succession en devraient aussi profiter. La réponse est facile : si les créanciers ont traité avec le défunt après qu'il avait fait les donations, ils n'ont pas pu compter sur des biens qui ne se trouvaient plus dans le patrimoine de leur débiteur; et alors même qu'ils sont antérieurs à ces donations, ils n'ont aucun droit sur les biens donnés, le droit de gage qu'ils ont sur les biens de leur débiteur s'évanouissant par l'aliénation de ces biens. S'ils voulaient avoir une garantie véritable, ils devaient stipuler une hypothèque; ne l'ayant pas fait, ils savent qu'ils n'auront aucun droit sur les biens que leur débiteur aliénera, sauf qu'ils pourront demander la nullité des aliénations, si le débiteur les fait en fraude de leurs droits (2).

La jurisprudence a consacré ces principes. Un père fait une donation à sa fille lors de son mariage; la dot n'est

(1) Pothier, *Des successions*, chap. III, sect. III, art. I, § VI. Chabot, t. II, p. 502, n$^{os}$ 9 et 10 de l'article 857, suivi par tous les auteurs.

(2) Mourlon, *Répétitions*, t. II, p. 168. Demolombe, t. XVI, p. 361, n$^{os}$ 294-296.

pas payée. La fille accepte la succession sous bénéfice d'inventaire, et demande le payement de sa dot avant les créanciers et légataires. La cour de Toulouse avait rejeté sa demande; son arrêt fut cassé comme violant l'article 857, car la cour obligeait l'héritier bénéficiaire au rapport de sa libéralité envers les créanciers (1).

Faut-il appliquer les mêmes principes au cas où les créanciers demandent la séparation de patrimoines? Les auteurs enseignent l'affirmative, et cela n'est pas douteux, puisque les créanciers du défunt restent, dans ce cas, créanciers de la succession, et, comme tels, ils ne peuvent ni demander le rapport ni en profiter. Toutefois la décision est trop absolue. En effet, la séparation de patrimoines implique l'acceptation pure et simple de l'héritier; donc les créanciers du défunt sont devenus créanciers personnels de l'héritier, et ils peuvent, après avoir épuisé la succession, agir contre l'héritier au même titre que ses créanciers personnels, et exercer par conséquent ses droits en vertu de l'article 1166 (2).

**587** *bis*. L'article 857 dit que le rapport n'est pas dû aux légataires. Cela va sans dire, quand il s'agit de donations entre vifs; les biens donnés sont sortis définitivement du patrimoine du défunt, et les légataires n'ont de droit que sur les biens que le défunt possédait lors de sa mort; ils ne peuvent donc ni demander le rapport, ni profiter du rapport qui serait fait par les héritiers. A cet égard, les légataires sont dans la même position que les créanciers. Il en serait ainsi lors même que l'un des héritiers serait légataire; il réunirait alors dans sa personne deux qualités distinctes : comme héritier, il peut demander le rapport : comme légataire, il ne peut ni le demander, ni en profiter (3).

L'article 857 s'applique aussi aux legs : les légataires ne peuvent pas demander le rapport des legs ni en profiter. La raison nous en paraît très-simple. Quand des léga-

(1) Cassation, 10 juillet 1844 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1081).
(2) Voyez, plus haut, p. 92, n° 73. Comparez Mourlon, *Répétitions*, t. II, p. 167.
(3) Demolombe, t. XVI, p. 346, nos 285, 286.

taires concourent entre eux, il ne peut plus être question de rapport; car le rapport est fondé sur l'égalité qui doit régner entre héritiers *ab intestat*, en vertu de la volonté présumée du défunt; or, les légataires ne viennent pas à la succession *ab intestat*, et il ne peut s'agir de maintenir entre eux l'égalité en vertu d'une volonté présumée du défunt, puisque le disposant a manifesté expressément sa volonté. Le rapport étant hors de cause, les légataires obtiendront chacun leur legs dans la limite du disponible. Si le disponible est dépassé, il y aura lieu à la réduction des legs, d'après les règles que nous exposerons au titre des *Donations*. Naît alors la question de savoir si les légataires peuvent demander le rapport fictif des donations pour déterminer la quotité disponible et la réserve; nous l'ajournons au titre qui est le siége de la matière (1).

§ V. *De l'action en rapport.*

**588.** L'article 857 dit que le rapport est dû par l'héritier à son cohéritier. Il suit de là que l'action en rapport appartient à chaque héritier; c'est un droit individuel. Cela est aussi fondé en raison. Le but du rapport est d'établir l'égalité entre les héritiers: or, chaque héritier a droit à l'égalité, chacun d'eux doit donc avoir l'action en rapport. Ainsi l'héritier paternel peut demander le rapport de la libéralité faite à un héritier maternel; ils sont cohéritiers, bien que chacun d'eux ne prenne part que dans sa ligne; mais précisément pour déterminer cette part, il faut composer la masse, et la masse doit comprendre les biens donnés ou légués par le défunt à l'un des cohéritiers, afin que l'égalité soit maintenue (2).

**589.** L'action en rapport est intentée contre l'héritier donataire pour l'obliger à remettre dans la masse les biens qu'il a reçus du défunt. Cette action se lie à l'action en partage, mais les deux actions ne se confondent pas. Il est de jurisprudence que l'action en partage est indivisi-

(1) Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, p. 498, n° 720.
(2) Duranton, t. VII, p. 370, n° 260. Zachariæ, t. IV, p. 441.

ble, en ce sens qu'elle doit être formée contre tous les héritiers. En est-il de même de l'action en rapport? L'affirmative avait été décidée par la cour de Dijon; ce qui a trompé la cour, c'est que le rapport est un des éléments du partage, de sorte que l'action en rapport semble se confondre avec l'action en partage. Son arrêt a été cassé (1). Le rapport a pour objet la remise à la masse des biens donnés; or, ces biens sont chose divisible, donc l'action aussi est divisible.

**590.** Il y a cependant quelque chose de vrai dans la décision de la cour de Dijon, c'est que le rapport se lie intimement au partage, dont il n'est qu'une dépendance. Il résulte de là une conséquence très-importante en ce qui concerne la prescription. Quand commence à courir la prescription de l'action en rapport? Il a été jugé qu'il ne pouvait pas s'agir de prescription pendant la vie du donateur; ce qui est de toute évidence, puisque l'obligation du rapport ne naît qu'à l'ouverture de l'hérédité (2). Est-ce à dire que la prescription coure dès la mort du disposant? Il faut aller plus loin et décider avec la cour de cassation que l'action en rapport dure aussi longtemps que l'action en partage et ne s'éteint qu'avec celle-ci. Cela est très-logique; le rapport n'est qu'une opération du partage; il ne peut donc se prescrire séparément; ce serait dire que l'action en partage peut s'éteindre partiellement quant au rapport, tout en subsistant quant à la distribution de biens, ce qui est contradictoire et absurde, car parmi les biens qui doivent être distribués se trouvent les biens donnés que l'héritier donataire est tenu de rapporter; donc tant que l'action en partage dure, on ne conçoit pas que l'action en rapport s'éteigne. En ce sens, les deux actions se confondent (3).

**591.** L'action en rapport peut-elle être intentée contre les tiers acquéreurs des biens donnés ou légués? Quand le donataire a aliéné l'immeuble avant l'ouverture de la succession, le rapport se fait en moins prenant (art. 860); il

(1) Cassation du 5 juillet 1852 (Dalloz, 1852, 1, 181).
(2) Amiens, 17 mars 1853 (Dalloz, 1853, 2, 240).
(3) Rejet, 14 novembre 1849 (Dalloz, 1849, 1, 286).

ne peut pas s'agir, dans ce cas, d'une action contre les tiers. Si l'aliénation se fait après l'ouverture de l'hérédité, elle est nulle, en ce sens que l'héritier donataire a vendu la chose d'autrui; ses cohéritiers pourront revendiquer l'immeuble, sauf à l'acheteur à opposer la prescription. Quant au rapport des legs, il se fait en laissant la chose léguée dans la masse héréditaire. Si l'héritier légataire aliène le bien qui lui a été légué, les cohéritiers auront-ils une action contre les tiers? La cour de Bruxelles a jugé que le rapport n'ayant pas été demandé contre l'héritier légataire, l'action contre les tiers acquéreurs n'était ni fondée ni recevable (1). Il nous semble que la cour s'est trompée. L'arrêt dit que le légataire acquiert la propriété de la chose léguée dès l'ouverture de la succession, et il en conclut que la vente faite par l'héritier légataire est valable et que la propriété est transmise aux acquéreurs. Sans doute le légataire acquiert la propriété, en vertu de la loi, dès la mort du testateur (art. 711); mais, dans l'espèce, il n'y a pas de legs; en effet, au moment même où il s'ouvre, le rapport en est dû; c'est dire que le legs tombe et que la chose léguée n'a jamais cessé d'appartenir à la succession. Donc il y a vente de la chose d'autrui, et les héritiers peuvent revendiquer alors même qu'ils n'auraient pas demandé le rapport.

**592**. Pour qu'il y ait lieu à rapport, il faut qu'il y ait donation. A qui est-ce à prouver que l'héritier est donataire? On applique le principe en vertu duquel le demandeur doit prouver le fondement de sa demande. C'est donc à celui qui réclame le rapport à prouver qu'il y a des choses rapportables. La question n'est pas sans difficulté lorsque la donation est indirecte ou déguisée. Il n'y a pas de doute quant au principe; c'est toujours le demandeur qui doit administrer la preuve. Le tribunal de Bruxelles avait jugé qu'il y a présomption de libéralité indirecte, ce qui rejetait la preuve sur le défendeur. Sur l'appel, la cour décida qu'il fallait appliquer la règle générale établie par l'article 1315; que la présomption invoquée par le tribu-

(1) Bruxelles, 18 mars 1846 (*Pasicrisie*, 1846, 2, 262).

nal n'était en tout cas qu'un commencement de preuve, et que c'était au demandeur à la compléter (1). L'erreur du tribunal était évidente, il est inutile d'y insister.

Comment se fait la preuve? Peut-elle se faire par présomptions, comme l'implique l'arrêt que nous venons de citer? L'affirmative n'est pas douteuse. Aux termes de l'article 1353, les présomptions de l'homme sont admises dans les cas où la loi admet la preuve par témoins; et d'après l'article 1348, le demandeur peut prouver le fait litigieux par témoins, lorsqu'il a été dans l'impossibilité de se procurer une preuve littérale; or, telle est bien la position des cohéritiers du donataire, quand la donation est déguisée ou seulement indirecte; car ils sont des tiers étrangers à l'acte, et les tiers ne peuvent pas se procurer une preuve littérale des faits juridiques qui les intéressent; il y a un motif de plus en cas de simulation, puisque c'est une espèce de fraude à la loi, comme le dit l'article 853. La jurisprudence est en ce sens, et la question n'est pas douteuse (2). Cela s'applique au rapport des dettes comme au rapport des libéralités; les motifs de décider sont identiques (3).

## § VI. *Rapport des donations.*

**593**. Le rapport est dû, d'après l'article 843, de *tout* ce que l'héritier a reçu du défunt, par *donation entre vifs, directement* ou *indirectement*. On voit que la loi est conçue dans les termes les plus généraux; elle comprend tout avantage que le défunt fait à son successible : cette pensée du législateur résulte du mot *indirectement* dont il se sert. Les donations proprement dites sont directes : elles se font par acte authentique, et elles doivent être acceptées en termes exprès par le donataire. En ajoutant que l'héritier doit rapporter ce qu'il a reçu indirectement du défunt, l'article 843 étend l'obligation du rapport à tout

(1) Bruxelles, 20 avril 1868 (*Pasicrisie*, 1868, 2, 304).
(2) Cassation, 13 août 1866 (Dalloz, 1866, 1, 467).
(3) Orléans, 26 juillet 1849 (Dalloz, 1850, 2, 29) et 24 novembre 1855 (Dalloz, 1856, 2, 259).

avantage, dans quelque forme qu'il ait été fait. C'est une question très-douteuse, à notre avis, de savoir si les libéralités faites sous forme d'un contrat à titre onéreux sont valables; nous la discuterons au titre des *Donations*; mais, valables ou non, toujours est-il qu'elles sont soumises au rapport; les articles 853 et 854 le disent formellement. En matière de rapport, le mot donation est donc synonyme d'avantage : il ne s'agit pas de savoir s'il y a une donation faite dans les formes voulues par la loi : tout ce qu'il y a à examiner, c'est si le défunt a fait une libéralité à son héritier, en lui procurant un avantage quelconque. Cela est aussi fondé en raison. Qu'importe de quelle manière l'héritier a reçu une libéralité? Dès qu'il est avantagé, il doit être soumis au rapport, sinon il y aurait inégalité entre lui et ses cohéritiers; or, la loi veut l'égalité, et elle présume que le défunt la veut aussi.

### N° 1. DES DONATIONS DIRECTES.

#### I. *Donations par acte.*

**594.** Les donations directes les plus fréquentes sont celles qui se font par contrat de mariage. Elles sont sujettes à rapport; cela ne fait aucun doute. Le texte est général, et comprend *toutes* les donations : et d'après l'esprit de la loi, ce sont précisément celles que les père et mère font à leurs enfants lors de leur mariage qui constituent des avancements d'hoirie, et qui à ce titre doivent être rapportées. On objecte l'article 1090 qui déclare les donations faites par contrat de mariage sujettes à réduction; d'où l'on induit, par argument *a contrario*, qu'elles ne sont pas sujettes au rapport. Nous ne mentionnons l'objection que pour montrer combien il faut se défier des arguments tirés du silence de la loi. Dans l'espèce, l'argumentation n'a aucune valeur. Ce n'est pas l'article 1090 qui est le siége de la matière, c'est l'article 843, et cet article soumet toute donation au rapport, donc aussi les donations par contrat de mariage (1).

(1) Voyez les autorités citées par Demolombe, t. XVI, p. 401, n° 32

**595.** Les donations rémunératoires et les donations onéreuses sont-elles sujettes à rapport? On appelle dons ou legs rémunératoires ceux qui se font pour récompenser des services rendus, et dons ou legs onéreux ceux auxquels le disposant a ajouté une charge. Il règne une grande incertitude dans la doctrine sur la question de savoir si ces libéralités sont rapportables. A notre avis, la difficulté est décidée par le principe formulé dans l'article 843. *Tout* ce qu'un héritier reçoit du défunt à titre gratuit est rapportable; mais aussi il n'y a de sujet au rapport que ce qui constitue une libéralité. Le don rémunératoire est-il une libéralité? Il n'y a aucun doute lorsque les services que le donateur veut récompenser ne sont pas sujets à salaire; on ne peut pas dire, dans ce cas, que le donateur acquitte une dette, puisqu'il n'y a pas de créance, le donataire n'ayant pas d'action contre lui. C'est donc une pure libéralité : qu'elle se fasse par reconnaissance ou par affection, peu importe. On est d'accord sur ce point; seulement il y a des auteurs qui soutiennent que les dons rémunératoires sont virtuellement dispensés du rapport, la reconnaissance que le donateur témoigne au donataire étant pour celui-ci un titre de préférence (1); mais n'en pourrait-on pas dire autant de l'affection, ainsi que de tous les mobiles qui inspirent les donations? Il faut s'en tenir au principe de la loi : elle ne connaît pas de dispense virtuelle; elle dit, au contraire, et elle répète que la dispense doit être *expresse*.

Si les services sont appréciables à prix d'argent, ils constituent une vraie créance, par conséquent le donateur acquitte une dette; et en tant qu'il paye ce qu'il doit, il ne fait certes pas de libéralité. Dans cette hypothèse, le don rémunératoire n'est réellement une libéralité que s'il excède la valeur des services rendus; et comme le dit très-bien Belost-Jolimont dans ses notes sur Chabot, on ne doit pas évaluer les services avec une rigueur mathématique, car il est permis de reconnaître les services que l'on nous rend avec une certaine générosité. S'il y a réellement un excé-

(1) Belost-Jolimont sur Chabot, t. II, p. 380.

dant, il y a libéralité, et partant le donataire doit le rapport. Revient la question de savoir si cette libéralité est virtuellement dispensée du rapport; nous croyons qu'elle doit être décidée négativement par les motifs que nous venons de rappeler.

Comment le rapport se fera-t-il? Dans l'ancien droit, la question était controversée; la jurisprudence admettait que le don rémunératoire devait être rapporté pour le tout, sauf à payer au donataire ce qui lui était dû pour les services rendus au donateur. Doit-on interpréter le code dans le même sens? Ce point aussi est controversé. On prétend que les auteurs du code ont consacré la jurisprudence ancienne par cela seul qu'ils n'y ont pas dérogé (1). Nous avons déjà dit bien des fois qu'il faut se garder de transporter dans notre droit moderne tout ce qui se pratiquait avant la publication du code civil. La difficulté n'a pas été prévue par le législateur; comment veut-on qu'il l'ait décidée? Il faut donc appliquer les principes généraux que la loi a établis. Elle soumet au rapport tout ce que le donataire a reçu du défunt à titre gratuit; or, le don rémunératoire n'est une libéralité que pour ce qui excède la valeur des services rendus, c'est donc seulement cet excédant qui doit être rapporté. Si l'excédant dépasse la moitié de la valeur des biens donnés, le rapport devra-t-il se faire en nature? On enseigne l'affirmative, en se fondant sur l'article 866 (2). La question est douteuse. Il est difficile de procéder par analogie en cette matière, car l'article 866 concerne un cas de réduction; et le rapport n'est pas régi par les principes qui régissent les donations réductibles; il n'y a donc pas même motif de décider. Notre conclusion est que le rapport se fera en moins prenant.

Pour les donations onéreuses, il faut faire les mêmes distinctions. D'ordinaire la charge est appréciable à prix d'argent; il n'y aura donc de libéralité que déduction faite du montant pécuniaire de la charge. Cette libéralité sera sujette à rapport.

(1) Chabot, t. II, p. 351, n° 13 de l'article 843.

(2) Aubry et Rau sur Zachariæ, t. IV, p. 450, note 11, suivis par Demolombe, t. XVI, p. 399, n° 320.

II. *Des dons manuels.*

**596.** Les dons manuels sont des donations directes que le donataire reçoit de la main du donateur; ils sont donc rapportables d'après le texte et d'après l'esprit de la loi. On ne conteste pas que ce soient des libéralités, mais on prétend qu'elles sont virtuellement dispensées du rapport. Il y a des arrêts en ce sens (1). Ces décisions sont restées isolées. Les dons manuels ne diffèrent des donations ordinaires que par la forme; et qu'est-ce que la forme a de commun avec la dispense du rapport? où est le texte qui autorise cette distinction? Inutile d'insister. Il y a des auteurs qui font une distinction (2) : ils admettent avec nous que les dons manuels sont rapportables; mais ils les dispensent du rapport lorsque le donateur a choisi cette forme afin de cacher sa libéralité : toute libéralité qui se cache, dit-on, est virtuellement dispensée du rapport, parce que telle est l'intention nécessaire du donateur. Cette présomption de dispense est en opposition avec le texte de la loi; le code ne connaît pas de dispense présumée; il exige une dispense expresse, ou, comme le dit l'article 919, une déclaration de volonté. Conçoit-on qu'en présence de dispositions aussi formelles, on écrive qu'il faut laisser de côté la rédaction plus ou moins claire de nos lois, pour s'en tenir aux simples lumières du bon sens? Le code décide implicitement la question. Il dispense du rapport les *présents d'usage* (art. 852). Voilà des dons manuels, qui d'ordinaire se font entre parents et amis, donc sans qu'on les étale; de même tout don manuel est plus ou moins secret. En dispensant du rapport certains dons manuels, les présents d'usage, l'article 852 suppose qu'en général les dons manuels sont rapportables; l'exception qu'il fait confirme la règle; donc tout don manuel, caché ou non, est sujet à rapport (3).

(1) Bordeaux, 2 mai 1831 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1108). Comparez Poitiers, 3 décembre 1862 (Dalloz, 1863, 2, 136).

(2) Vazeille, *Des successions*, t. I, p. 348, art. 843, n° 5. Belost-Jolimont sur Chabot, t. II, p. 384; Aubry et Rau sur Zachariæ, t. IV, p. 468 et suiv., et note 15.

(3) Massé et Vergé sur Zachariæ, t. II, p. 405, note 15. Demolombe, t. XVI, p. 314, n° 255.

La cour de cassation admet que les dons manuels sont rapportables; mais elle permet aux juges du fait de rechercher quelle a été l'intention du donateur, et par suite de dispenser le donataire du rapport, s'il résulte des circonstances de la cause que telle a été la volonté du disposant (1). C'est le système que la jurisprudence a consacré pour les donations déguisées. Nous l'avons combattu (n° 582); nous rejetons aussi l'application que la cour de cassation en fait aux dons manuels. La loi ne se contente pas de l'intention du disposant, elle veut qu'il la manifeste par une déclaration expresse de volonté; donc les faits et circonstances de la cause ne suffisent point. Il y a cependant, sinon un motif de douter, du moins une difficulté qui est particulière aux dons manuels. Quand l'article 843 veut que les dons soient faits *expressément* par préciput, il suppose une donation faite par acte, dit-on. L'article 919 est conçu dans le même ordre d'idées : la déclaration de préciput peut être faite soit par l'*acte* qui contient la disposition, soit postérieurement dans la forme des dispositions entre vifs ou testamentaires. Or, quand il y a don manuel, il n'y a point d'acte; donc on ne se trouve pas dans les termes de la loi. En définitive, le don manuel est un fait, c'est au juge d'apprécier ce fait et d'en déterminer la portée. Nous répondons que le texte ne dit pas ce qu'on lui fait dire. Sans doute, régulièrement la donation se fait par acte, et alors la dispense de rapport doit se trouver dans cet acte ou dans un acte postérieur. Mais la donation peut aussi se faire indirectement, donc sans acte (art. 843 et 853); ce qui n'empêche pas que la dispense doive être expresse d'après l'article 843. Comment le donateur devra-t-il exprimer, dans ce cas, sa volonté? L'article 919 le dit : il peut le faire par un acte de donation ou par testament. Telle est la solution légale de la question (2).

**597.** Il se présente encore une autre difficulté. On de-

(1) Rejet. 12 août 1844 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1106, 1°), 19 novembre 1861 (Dalloz, 1862, 1, 140) et 3 mai 1864 (Dalloz, 1864, 1, 173). Dans le même sens, Rouen, 12 mars 1845 (Dalloz, 1845, 2, 159) et 24 juillet 1845 (Dalloz, 1846, 2, 87); Lyon, 18 mars 1859 (Dalloz, 1861, 5, 403).

(2) Il y a quelques arrêts en ce sens : Bastia, 26 décembre 1855 (Dalloz, 1856, 2, 149); Liége, 9 février 1854 (*Pasicrisie*, 1857, 2, 24).

mande si ces principes s'appliquent aux dons manuels peu considérables. Un arrêt de la cour de Montpellier assimile les dons modiques aux présents d'usage que l'article 852 dispense du rapport. M. Demolombe approuve cette décision (1). Nous recommandons aux auteurs et aux tribunaux un arrêt de la chambre des requêtes qui décide que les dons manuels sont rapportables, parce que tel est le sens littéral de l'article 843, et le sens le plus raisonnable (2). Est-ce qu'en déclarant *toute* libéralité rapportable, la loi distingue si le don ou le legs a plus ou moins de valeur? Le texte absolu exclut, au contraire, toute distinction; et il n'y avait pas lieu de distinguer; la loi veut maintenir l'égalité, et l'égalité exige que l'héritier rapporte tout ce qu'il a reçu du défunt. Si l'article 852 dispense du rapport, c'est là une exception; et n'est-il pas de principe que les exceptions ne s'étendent pas?

Un arrêt de la cour de Caen admet une autre exception à la rigueur de l'article 843. Comment prouvera-t-on les dons manuels? On applique les règles générales sur les preuves, comme nous l'avons dit plus haut (n° 592). Si la preuve résulte de l'aveu du donataire, et si tout en reconnaissant qu'il a reçu une libéralité, il ajoute qu'elle lui a été faite avec dispense de rapport, le juge devra-t-il admettre la dispense? L'affirmative a été jugée; la cour invoque l'indivisibilité de l'aveu (3). Nous reviendrons sur ce principe au titre des *Obligations;* à notre avis, l'indivisibilité de l'aveu est hors de cause dans l'espèce; dès que le fait de la libéralité est constant, il y a lieu au rapport, à moins qu'il n'y ait dispense expresse.

### III. *Des frais d'établissement.*

**598.** « Le rapport est dû, dit l'article 851, de ce qui a été employé pour l'*établissement* d'un des cohéritiers. » On entend d'ordinaire par *établissement* la dotation d'un enfant. En matière de rapport, la *dot* n'est pas considérée

(1) Montpellier, 11 juin 1846 (Demolombe, t. XVI, p. 449, n° 330).
(2) Rejet, 30 décembre 1846 (Dalloz, 1847, 4, 409).
(3) Caen, 28 novembre 1861 (Dalloz, 1862, 2, 103).

comme un établissement, puisqu'elle est déjà comprise dans les termes généraux de l'article 843 : c'est une donation directe, faite le plus souvent par contrat de mariage. Le mot *établissement* désigne tout ce qui a été donné par le défunt pour établir un héritier : tel serait l'achat d'un office de notaire, là où ces charges sont vénales : tel serait encore un fonds de commerce ou d'industrie. Il ne faut pas confondre les frais d'éducation avec les frais d'établissement : les premiers ne sont pas sujets à rapport (art. 852), nous en dirons plus loin la raison. L'éducation ne procure pas d'établissement ; elle met seulement l'enfant à même d'exercer une profession libérale, industrielle ou commerciale. De plus, l'éducation ne blesse pas l'égalité ; elle se donne à tous les enfants ; leur condition est, sous ce rapport, égale. Si, de plus, l'un des enfants est établi, les frais assez considérables de cet établissement auraient pour conséquence d'avantager l'un des enfants au préjudice de l'autre ; dès lors, il doit y avoir rapport pour rétablir l'égalité (1).

L'article 851, en déclarant rapportables les frais d'établissement, suppose que le défunt a agi par un sentiment de libéralité. Il se peut qu'il n'ait fait qu'une avance, avec l'intention de la répéter ; dans ce cas, il y aura dette de la part de l'héritier, il en devra aussi le rapport (art. 829), mais le rapport des dettes est soumis à des règles spéciales. Il importe donc de distinguer à quel titre le défunt a payé les frais d'établissement (2).

**599.** L'aumône dotale que le père paye à la supérieure d'un couvent, lors de l'entrée en religion de sa fille, est-elle un établissement ? Il y a un motif de douter ; aux termes de l'article 852, le rapport n'est pas dû des frais de nourriture et d'entretien : ne peut-on pas dire que l'aumône dotale tient lieu des aliments que le père doit à sa fille ? Cela a été jugé ainsi (3). La décision nous paraît trop

(1) Chabot, t. II, p. 461, n° 1 de l'article 851. Duranton, t. VII, p. 447, n° 311.
(2) Aubry et Rau sur Zachariæ, t. IV, p. 452, note 13.
(3) Jugement du tribunal de Figeac, du 30 décembre 1844 (Dalloz, 1845, 3, 128).

absolue. Il faut voir avant tout si le père devait les aliments à sa fille; s'il ne les devait pas, il est certain que l'aumône ne peut pas être considérée comme pension alimentaire. Puis il faut considérer encore si la fille dotée rend un service au couvent où elle entre : la plupart des congrégations sont enseignantes, et la religieuse institutrice gagne certes au delà de sa dépense d'entretien. Dans ce cas, l'aumône est une vraie libéralité qui, dans l'intention du père, tient lieu de la part héréditaire de l'enfant; si la fille se présente à la succession, il est certain qu'elle devra le rapport de cette dot, qui est un véritable avancement d'hoirie. On voit qu'ici la question dépend des faits et des circonstances de la cause; le juge décidera s'il y a libéralité ou payement d'une dette alimentaire.

IV. *Payement des dettes de l'héritier.*

**600.** L'article 851 porte que le rapport est dû de ce qui a été employé pour le payement des dettes d'un des cohéritiers. Cette disposition a donné lieu, au sein du conseil d'Etat, à une discussion assez longue et assez confuse (1). Les interprètes s'en sont emparés, et chacun y a cherché un appui pour son opinion. Il en est résulté qu'au lieu d'éclairer le débat, la discussion n'a fait que l'obscurcir. Mieux vaut, nous semble-t-il, laisser là les discours des membres du conseil, pour s'en tenir au texte et aux principes. Après tout, aucune proposition n'a été faite, aucune décision n'a été prise; tout ce qui a été dit se réduit à des avis individuels; or, peu importe ce que tels membres du conseil ont pensé; c'est le texte seul qui nous oblige; c'est donc toujours au texte qu'il en faut revenir, en l'interprétant d'après les principes qui régissent la matière.

Constatons d'abord que le texte est général; il parle du payement des *dettes* de l'un des successibles. On distingue d'ordinaire si l'héritier était majeur ou mineur quand il a contracté la dette. Il y a une distinction plus générale à

(1) Séance du 23 nivôse an XI, n° 11 (Locré, t. V, p 70).

faire. Il faut qu'une *dette* ait été payée, pour que le rapport soit dû de ce qui a été déboursé par le défunt. Or, il n'y a de dette que lorsque le créancier a une action contre le débiteur, sans que celui-ci ait une exception péremptoire qui anéantisse l'action. De là suit que si le défunt a acquitté une dette naturelle, il n'y a pas lieu au rapport de ce qu'il a payé. Telle serait une dette de jeu, peu importe qu'elle ait été contractée par un majeur ou par un mineur. C'est au débiteur seul à voir s'il lui convient de remplir des engagements que la loi ne reconnaît point. Si le défunt paye pour lui, il n'acquitte pas une dette, donc nous ne sommes pas dans les termes de la loi. Et l'esprit n'est pas plus douteux que le texte. C'est à titre d'avantage que l'héritier doit rapporter ce qui a été employé pour le payement de ses dettes; or, peut-on dire qu'il a été avantagé quand le défunt a payé pour lui une somme de mille francs que lui n'aurait pas payée? Il en est de même si la dette est civile, mais si le débiteur a une exception péremptoire qui l'anéantit : telles sont les dettes annulables ou rescindables. La minorité, que l'on cite d'ordinaire, n'est qu'une application de ce principe. Il faut dire plus : il ne suffit pas que la dette ait été contractée en minorité pour qu'elle soit nulle; à moins que la dette ne résulte d'un acte pour lequel la loi exige certaines formes, le mineur n'est restitué que s'il prouve qu'il a été lésé. Ce n'est donc qu'en cas de lésion que le mineur peut opposer l'exception de minorité à l'action en rapport. S'il n'a pas été lésé, la dette est pleinement valable, et il n'y a aucune raison pour ne pas soumettre au rapport ce que le défunt aura payé pour la libération de l'héritier mineur (1).

**601.** L'héritier doit-il le rapport de ce que le défunt a payé pour son remplacement? Il faut répondre affirmativement et sans hésiter; en effet, le service militaire est une dette personnelle de celui qui est appelé à servir; ce que le père paye pour affranchir son fils du service est

(1) Voyez, en sens divers, les auteurs cités par Zachariæ, t. IV, p. 452, note 15. Il faut ajouter Demante, t. III, p. 282, n° 188 *bis* II. Ducaurroy Bonnier et Roustain, p. 489, nos 709 et 710; Mourlon, *Répétitions*, t. II, p. 157, note; Demolombe, t. XVI, p. 430, n° 346 et p. 432, n° 347.

donc employé par lui pour le payement d'une dette d'un des cohéritiers; partant celui-ci en doit le rapport, d'après le texte de l'article 851. Peu importe que, dans le système de la conscription, l'obligation du service militaire se répartisse par le sort; ce n'en est pas moins une dette qui doit être acquittée par celui que le sort frappe. Le texte du code décide donc la question, et l'esprit de la loi ne laisse aucun doute. Comme le dit la cour de Caen, quand il y a plusieurs frères tenus à servir, il serait contraire à l'égalité que la loi veut entre les héritiers, que le plus jeune supportât tout ensemble la charge du service et une part dans la dette de son frère; chacun doit payer la dette qui lui incombe (1); et en supposant que les autres enfants soient des filles, il n'est pas juste que celles-ci contribuent à payer une dette qui leur est étrangère. Il n'y a qu'un cas dans lequel l'application de la loi a quelque chose d'inique. Quand l'un des frères est remplacé, l'autre est exempté, d'après la législation belge; l'aîné paye donc une dette commune en fournissant un remplaçant; cependant lui seul en devra le rapport. Mais le motif de décider subsiste, c'est que la dette est personnelle au remplacé, et que le remplacement lui procure un avantage personnel.

La doctrine et la jurisprudence sont d'accord sur le principe, sauf quelques dissentiments dans l'application; ces hésitations et ces incertitudes témoignent que les principes mêmes font défaut. Ainsi on distingue si l'enfant est mineur ou majeur. Est-il mineur, on prétend qu'il n'a pas le droit de convertir en une prestation pécuniaire la dette personnelle qui lui incombe, puisqu'il n'a pas le droit de disposer de ses biens. On en conclut que le père n'a pas le pouvoir de grever son fils de cette dette, que partant il faut considérer le prix qu'il paye comme une libéralité préciputaire. Nous répondons, et la réponse nous semble péremptoire, que l'enfant, quoique mineur, est tenu d'acquitter la dette du service militaire, et que le code le considère même comme majeur à cet égard, puisqu'il lui per-

(1) Caen, 5 janvier 1811 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1174). Comparez Chabot, t. II, p. 464, n° 4 de l'article 851; Zachariæ, t. IV, p. 452 et note 16; Demolombe, t. XVI, p. 437, n° 350.

met de s'enrôler volontairement à l'âge de dix-huit ans. Donc si le père fournit un remplaçant à son fils, c'est avec le consentement tacite de celui-ci, et ce consentement est valable, puisqu'il s'agit d'un mode d'acquitter une dette pour laquelle l'enfant mineur est réputé majeur. D'après les principes de droit, le remplacement est une dation en payement; donc le père paye la dette du fils, et ce payement est admis par la loi.

D'autres objections ont été produites devant les tribunaux, et le grand nombre de décisions intervenues sur cette matière prouvent que le débat se renouvelle sans cesse. Les contrats, dit-on, n'obligent que les parties qui y figurent; or, le remplacé reste étranger au contrat de remplacement. Cette objection confond la dette et le payement de la dette; l'héritier doit être partie dans l'acte d'où résulte la dette, mais l'article 851 n'exige pas qu'il soit partie dans le payement; il suppose plutôt le contraire. Or, dans l'espèce, la dette est imposée par la loi, le fils ne doit donc intervenir ni dans la dette, il est débiteur malgré lui, ni dans le contrat de remplacement, que le père est autorisé à faire en vertu de la loi et qu'il fait toujours pour son fils; il n'est pas même nécessaire qu'il contracte au nom de son fils (1).

On a objecté la prescription, le partage se faisant plus de trente ans après que le père a payé le prix du remplacement. L'objection confond le payement ou l'action en répétition avec le rapport. Ce que le père paye au remplaçant est considéré par la loi comme un avancement d'hoirie; or, il ne peut être question de rapporter les avancements d'hoirie du vivant du père; l'obligation du rapport ne prend naissance qu'à l'ouverture de sa succession, et elle ne se prescrit qu'avec l'action en partage; c'est dire que la prescription ne peut jamais être opposée (2).

Il y a un arrêt qui considère le remplacement comme un accessoire des frais d'éducation, en ce sens que l'enfant remplacé eût été obligé d'interrompre ses études et en eût

(1) Riom, 19 août 1829 et Bourges, 22 juillet 1829 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1175).
(2) Amiens, 17 mars 1853 (Dalloz, 1853, 2, 239).

perdu le fruit peut-être pour toujours; or, les frais d'éducation ne sont pas rapportables (art. 852) (1). On pourrait dire la même chose de tous ceux qui, à l'âge où ils sont appelés au service militaire, n'ont pas encore achevé leur éducation, c'est-à-dire de l'immense majorité des remplacés; ce qui aboutirait à la conclusion que le prix du remplacement ne serait presque jamais sujet à rapport. Il nous semble que l'objection porte à faux. Les frais d'éducation sont ceux que l'on fait pour instruire et élever les enfants; il est donc impossible d'y comprendre le rachat du service militaire. Sans doute ce service entrave l'éducation, au moins pour les classes lettrées, et même pour les artisans, mais c'est une entrave légale, c'est-à-dire une dette. La question rentre donc dans l'article 851, et non dans l'article 852.

**602**. Y a-t-il des cas dans lesquels le remplacé n'est pas tenu de rapporter ce qui a été payé par le défunt au remplaçant? La loi ne parle ni de l'obligation du service militaire, ni du rapport auquel le remplacé est tenu, ni de la dispense de ce rapport; il faut donc décider la difficulté d'après les principes généraux.

Le remplacé prétend qu'il avait une cause légale d'exemption que le père a négligé de faire valoir. Si la cause d'exemption était réelle, il est certain que le remplacé pourrait s'en prévaloir pour se dispenser du rapport; car, dans ce cas, il n'était pas débiteur, le père n'a pas payé une dette de son fils, donc celui-ci ne peut être tenu à rapporter ce que le père a imprudemment payé (2).

Il y a une exception très-fréquente que la doctrine admet ainsi que la jurisprudence. Si le remplacement se fait dans l'intérêt du père ou de la famille, il n'y a plus lieu au rapport; car le rapport implique un avantage que l'héritier a reçu du défunt, tandis que, dans l'espèce, c'est le défunt qui a reçu un avantage et cet avantage profite indirectement à ses héritiers; c'est dire qu'il ne peut être question de rapport; on ne se trouve ni dans le texte, ni dans

(1) Caen, 2 mai 1842 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1180).
(2) Bourges, 22 juillet 1829 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1175).

l'esprit de la loi (1). Il y a un grand nombre d'arrêts sur cette question; quoique le principe soit incontestable, il y a toujours une question de fait à examiner : le remplacement s'est-il fait dans l'intérêt du père ou de la famille? C'est naturellement au remplacé qui demande à être exempté du rapport de prouver le fait qui sert de fondement à son exception.

Y a-t-il d'autres exceptions? On en allègue de toute espèce devant les tribunaux. Ainsi il a été jugé que lorsque le prix payé pour le remplacement est modique, il n'y a pas lieu d'en faire le rapport. La cour de cassation a eu tort d'admettre cette exception dans le considérant d'un de ses arrêts (2). La modicité de l'avantage n'est jamais une cause de dispense pour l'héritier avantagé : *tout* ce qu'il a reçu du défunt doit être rapporté, dit l'article 843. Cette règle absolue prévient les contestations sans nombre qui s'élèveraient sur le point de savoir si, eu égard à la fortune du défunt, l'avantage est modique ou non.

Toullier a imaginé une autre cause de dispense. Le père traite à forfait avec un remplaçant ou une compagnie; le remplacé est exempté du service par la chance du sort qui lui est favorable. Il ne devra pas, dit-on, la somme payée par le père, car, en réalité, il n'est pas débiteur, il n'y a donc pas eu de dette payée pour lui, dès lors la base du rapport fait défaut. Duvergier, l'annotateur de Toullier, répond qu'il n'est pas vrai de dire que la somme payée par le père est demeurée sans emploi utile. La chance a été favorable au fils, elle pouvait lui être défavorable, et, dans ce cas, il eût fallu payer un prix bien supérieur à celui qui a été donné à la compagnie. Quand il y a contrat aléatoire, on estime l'utilité de la dépense, non d'après ce qui arrive, mais d'après ce qui aurait pu arriver. Une prime

(1) Voyez les autorités citées par Zachariæ, t. IV, p. 453, note 17; et les arrêts cités par Dalloz, au mot *Succession*, n° 1177. Il faut ajouter Amiens, 17 mars 1853 (Dalloz, 1853, 2, 239); Rejet du 21 décembre 1853 (Dalloz, 1854, 1, 438); Bordeaux, 21 avril 1860 (Dalloz, 1860, 2, 167). La jurisprudence des cours de Belgique est dans le même sens : Liége, 22 décembre 1853 (*Pasicrisie*, 1854, 2, 152); Gand, 24 avril 1855 (*Pasicrisie*, 1855, 2, 210); Bruxelles, 31 janvier et 8 août 1855 (*Pasicrisie*, 1855, 2, 214 et 356).

(2) Grenoble, 2 février 1822 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1176). Rejet, 21 décembre 1853 (Dalloz, 1854, 1, 438).

d'assurance n'est pas une dépense faite en pure perte, alors même que la chose assurée n'a éprouvé aucun dommage. Il en est de même du remplacement à forfait (1).

La solution serait différente si, par suite d'une tontine formée par une association de pères de famille, le remplacement s'était fait sans que le père eût eu rien à payer, les sommes par lui versées à la masse lui ayant été remboursées intégralement; c'est un bénéfice qu'il fait et dont son fils profite. Vainement dirait-on que le remplacé ayant reçu un avantage du défunt, il en doit le rapport; pour qu'il y ait lieu au rapport, il faut encore une autre condition : l'avantage dont l'héritier profite doit être pour le défunt une diminution de son patrimoine. Car le rapport a pour objet de faire rentrer dans le patrimoine ce qui en est sorti par le profit que l'héritier a reçu. Or, dans l'espèce, le patrimoine du défunt n'a éprouvé aucune diminution, donc il n'y a pas lieu à rapport (2).

Il va sans dire que le père peut dispenser son fils du rapport des frais de remplacement, comme il peut le dispenser du rapport de toute libéralité (3). Dans notre opinion, cette dispense doit être expresse. De même les héritiers peuvent renoncer au rapport. Cette renonciation est régie par les principes généraux de droit. Elle peut être expresse ou tacite. Pour que la renonciation soit tacite, il faut que le fait ne laisse aucun doute sur la volonté des héritiers : c'est un point abandonné à l'appréciation du juge (4).

### N° 2. DONATIONS INDIRECTES.

#### I. *Actes à titre gratuit.*

##### 1. DONATIONS PAR PERSONNES INTERPOSÉES.

**603**. Une donation faite par personne interposée est une donation indirecte, donc sujette à rapport, aux termes de l'article 843. Il y a des cas dans lesquels certaines per-

(1) Toullier, t. II, 2, p. 312, n° 483, et la note de Duvergier.
(2) Toulouse, 7 décembre 1867 (Dalloz, 1868, 2, 95).
(3) Riom, 20 avril 1842 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1181).
(4) Riom, 19 août 1829 et Douai, 20 février 1838 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1185).

sonnes sont présumées interposées; les présomptions établies par les articles 911 et 1100 ne peuvent pas être appliquées en matière de rapport, car les présomptions légales sont de la plus stricte interprétation. La loi n'a pas établi de présomption d'interposition pour le rapport, parce qu'il arrive rarement que l'on ait recours à cette voie détournée pour faire parvenir une libéralité à l'héritier que l'on veut avantager. La dispense pouvant se faire directement, il est inutile de recourir à des personnes interposées, et celui qui a des raisons pour cacher sa libéralité a des moyens plus faciles, comme nous allons le dire en traitant des donations déguisées. On a prétendu que dans les cas prévus par les articles 847 et 849 il y a interposition présumée. Nous avons expliqué ces dispositions ailleurs (n° 559).

**604**. Puisqu'il n'y a pas de présomptions légales d'interposition, la preuve de l'interposition devra se faire d'après le droit commun. Or, comme ce sont des tiers qui demandent à prouver un fait dont ils n'ont pu se procurer une preuve littérale, il faut décider qu'ils seront admis à établir l'interposition par témoins et par présomptions. C'est le droit commun (art. 1348 et 1353) que nous exposerons au titre des *Obligations*. La simulation est encore un motif qui autorise toute espèce de preuve (n° 592).

### 2. DES RENONCIATIONS.

**605**. Le défunt renonce à une succession; par suite de sa renonciation, un de ses successibles est appelé à l'hérédité; est-ce un avantage indirect dont il doit le rapport? Même question si le défunt a renoncé à un legs, à une communauté, à un gain de survie, et que l'un de ses héritiers profite de cette renonciation. Dans l'ancien droit, la question était vivement controversée; Lebrun et Pothier la décidaient en sens divers, et Pothier varia d'opinion(1). Nous croyons qu'il s'est laissé égarer par l'autorité

(1) Duranton expose longuement cette controverse (t. VII, p. 501 et suiv., n^os^ 345 et suiv.).

du droit romain. C'est une raison pour laisser de côté la controverse qui divisait les anciens auteurs ; elle ne ferait qu'embrouiller un débat que l'on peut réduire à des termes très-simples si l'on s'en tient aux principes du code civil. Pour qu'il y ait lieu à rapport, il faut que l'héritier ait *reçu* un avantage quelconque du défunt, et il faut que cet avantage ait diminué le patrimoine du défunt, puisque le rapport a pour objet de faire rentrer dans la masse de l'hérédité ce qui est sorti du patrimoine du donateur par la libéralité directe ou indirecte qu'il a faite au successible. Cela ne suffit point, il faut aussi volonté de gratifier l'héritier, car le rapport ne concerne que les donations directes ou indirectes (art. 843), et il n'y a point de donation sans volonté de donner. Tels sont les principes, ils sont incontestables, puisqu'ils sont écrits dans le texte de la loi. Reçoivent-ils leur application aux renonciations?

La succession à laquelle le défunt renonce est-elle dans son patrimoine, et en sort-elle par l'effet de la renonciation? Sur ce point il n'y a aucun doute en droit français : la propriété et la possession de l'hérédité passent de plein droit sur la tête de l'héritier dès l'instant de l'ouverture de l'hérédité (art. 711 et 724). Au moment où il renonce, l'hérédité est donc dans son patrimoine, partant elle en sort par la renonciation ; la première condition du rapport existe donc, le patrimoine du défunt est diminué. En résulte-t-il un avantage pour l'héritier qui recueille la part héréditaire du renonçant? Sur ce point il y a un doute qui a entraîné de bons esprits. Ce n'est pas le renonçant, dit-on, qui procure un avantage aux héritiers appelés à son défaut, car celui qui renonce est censé n'avoir jamais été héritier ; comment donnerait-il ce qu'il n'a point? Si donc son héritier profite de la renonciation, ce n'est pas par la libéralité du renonçant, c'est par l'effet de la loi. Il n'y aurait libéralité que si l'héritier faisait donation de sa part héréditaire ; mais loin de la donner, il y renonce. Si son héritier la recueille, c'est qu'il y est appelé par la loi ; c'est donc de la loi qu'il tient l'avantage dont il profite, et non du défunt. On en conclut qu'il ne peut être question de rapport. La réponse à l'objection est facile. Elle confond

la donation directe et la donation indirecte. Sans doute il y a une grande différence entre la donation de la part héréditaire et la renonciation que le successible y fait : la donation est une acceptation de l'hérédité, tandis que par la renonciation le successible cesse d'être héritier, comme s'il ne l'avait jamais été. Mais cela empêche-t-il la renonciation d'être une libéralité indirecte? Si ma part héréditaire est de dix mille francs, et si j'y renonce pour que mon héritier présomptif recueille cette somme, ne sera-ce pas en vertu de ma renonciation qu'il recueillera cette somme? Qu'importe qu'il soit appelé par la loi à mon défaut? Il n'en est pas moins vrai que cette vocation ne se réalise que grâce à ma renonciation; c'est donc indirectement par ma renonciation que mon successible se trouve enrichi de dix mille francs. Par conséquent la seconde condition du rapport existe : l'héritier reçoit un avantage du défunt. Reste la troisième : le défunt, en renonçant, a-t-il voulu faire une libéralité à l'héritier qui profite de sa renonciation? Ceci est un point de fait. On en a fait une objection. Celui qui renonce, dit-on, ne veut pas du droit qu'il répudie, il n'entend donc pas faire une libéralité. Nous répondons que cela dépend des circonstances. Quand l'hérédité est évidemment avantageuse, et que l'héritier y renonce, il doit avoir une autre intention que celle de répudier un droit dont il s'enrichirait; les hommes n'ont pas l'habitude de rejeter la fortune qui leur arrive. Le juge décidera. S'il n'y a aucune volonté de donner, il n'y aura pas de libéralité et pas de rapport. Il y aura donation indirecte et obligation de la rapporter, s'il y a volonté d'avantager le successible qui profite de la renonciation (1).

**606**. La jurisprudence est en ce sens. Un ascendant donateur se trouvait être en même temps héritier légitime du donataire; il était donc appelé à recueillir sa réserve et les biens par lui donnés. Il renonça à la succession. La cour de Caen décida que cette renonciation n'avait eu

(1) Chabot, t. II, p. 371, n° 22 de l'article 843. Demante, t. III, p. 275, n° 187 *bis* II. En sens contraire, Toullier, t. II, 2, p. 306, n° 475 (réfuté par Duvergier, p. 307, note *a*). Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, p. 481, n° 699.

d'autre objet que de faire passer à ses enfants les biens que l'héritier était appelé à recueillir, et présentait tous les caractères d'une véritable libéralité. Sur le pourvoi, il intervint un arrêt de rejet. La cour de cassation constate, d'après la décision de la cour d'appel, qu'il n'avait pas été dans l'intention de l'ascendant de dispenser ses donataires de l'obligation du rapport (1). Quant à cette partie de l'arrêt, nous faisons nos réserves. C'est l'application de la doctrine que la jurisprudence a consacrée et que nous avons cru devoir combattre : l'avantage résultant de la renonciation, comme toute libéralité, n'est dispensé du rapport que par une déclaration expresse de volonté.

Un père, après avoir fait une institution contractuelle au profit de sa femme, qui épuise son disponible, lègue sa quotité disponible à son fils. Ce legs était frappé d'avance d'inefficacité, si la mère profitait de la donation qui lui avait été faite. La mère y renonça dans l'intention évidente de rendre utile le legs fait à son fils; par suite celui-ci recueillit dans la succession paternelle une quotité de quatre sixièmes, au lieu de deux sixièmes recueillis par sa sœur. Il a été jugé que cette renonciation était une libéralité indirecte, partant rapportable. Mais qu'est-ce que le fils avantagé devait rapporter? Le premier juge avait pris pour base du rapport la valeur des droits auxquels la mère avait renoncé; la cour d'Amiens jugea, au contraire, qu'il fallait prendre pour base la valeur du bénéfice directement reçu par le fils légataire (2). Ce dernier point fait difficulté. A notre avis, le donataire indirect, de même que le donataire direct, ne doit rapporter que ce qui sort du patrimoine du donateur : ce sont les expressions de Pothier, et ce sont les vrais principes, tels que le code les formule : l'héritier, dit l'article 843, doit rapporter ce qu'il a *reçu* du défunt; or, peut-on dire que l'héritier *reçoit* ce que le défunt ne possédait pas? Le patrimoine de la mère, dans l'espèce, était-il diminué de ce que le fils recueillait en vertu de son legs? Non, il était

(1) Rejet de la chambre civile du 8 mars 1858 (Dalloz, 1858, 1, 97).
(2) Amiens, 24 janvier 1856 (Dalloz, 1857, 2, 24).

diminué du montant de l'institution contractuelle à laquelle elle renonçait : c'est donc cette valeur que le donataire devait rapporter.

Dans une affaire analogue, la cour de Toulouse, se fondant sur les principes que nous venons d'exposer, avait décidé que l'avantage résultant, pour un enfant légataire du disponible, de la renonciation que sa mère avait faite à une institution contractuelle, n'était pas rapportable, parce que l'enfant ne tenait pas ce legs de la mère, mais du père. C'était dépasser la vérité et ne pas tenir compte de la renonciation. Si la mère n'avait pas renoncé, le legs serait resté inefficace; donc la renonciation à un droit utile ne pouvait avoir d'autre objet que de donner de l'efficacité à ce legs. C'était bien là un avantage indirect. C'est ce que la cour de cassation décida en cassant l'arrêt de la cour de Toulouse (1). Mais la cour, nous semble-t-il, ne répond pas à ce qu'il y a de vrai dans la décision qu'elle annule. Il y avait avantage indirect; cela était évident, car la mère, en renonçant au droit qu'elle avait sur la succession de son mari, rendait efficace, d'inefficace qu'il était, le legs du disponible fait à l'un de ses enfants; par suite le légataire se trouvait avantagé au préjudice de ses frères. Mais de quoi? Etait-ce du montant du legs? Non, car il ne tenait pas le legs de sa mère; ce qu'il tenait de sa mère, c'est la valeur des droits auxquels elle avait renoncé, et qui lui profitait indirectement.

C'est ce que la cour de Toulouse a jugé dans une affaire postérieure. Elle se rangea à la doctrine de la cour de cassation en ce qui concerne l'obligation du rapport; mais elle s'en écarta quant au montant des valeurs qui devaient être rapportées. La veuve, dans l'espèce, était donataire par contrat de mariage d'un usufruit de quatre mille francs. Elle y renonça pour rendre efficace la donation du quart des biens que les époux avaient faite à l'un de leurs enfants. L'enfant donataire devait le rapport de la donation indirecte résultant de la renonciation; car si la mère n'avait pas renoncé à son usufruit, la valeur de cet usufruit aurait

(1) Cassation, 15 mai 1866 (Dalloz, 1866, 1, 250).

diminué le montant de la donation de l'enfant; c'est donc de la valeur de cet usufruit que l'enfant était avantagé et qu'il devait le rapport. Dans l'espèce, cela n'était pas douteux, puisque l'usufruit n'épuisait pas le disponible (1). Nous croyons que le même principe doit être appliqué dans toutes les hypothèses, c'est-à-dire que l'enfant ne doit rapporter que la valeur des droits auxquels la mère a renoncé.

### II. *Actes à titre onéreux.*

**607.** Aux termes de l'article 853, ne doivent pas être rapportés les profits que l'héritier a pu retirer des conventions passées avec le défunt, si ces conventions ne présentaient aucun avantage indirect lorsqu'elles ont été faites. De là suit d'abord que les conventions entre une personne et son héritier présomptif sont valables. La liberté des conventions est de droit commun; il n'y avait aucune raison d'y déroger entre proches parents. Pourquoi le père, vieux et infirme, ne pourrait-il pas donner ses biens à bail à son fils, au lieu de les affermer à un étranger? Toutes les parties y trouvent leur intérêt, la famille même, puisque les biens seront d'autant mieux cultivés, le fermier étant intéressé, comme héritier, à bien gérer. Nous supposons la convention faite de bonne foi. Il est possible que l'intention du père, quand il traite avec son fils, ait été de l'avantager; dans ce cas, il y a donation indirecte, et par conséquent sujette à rapport.

Quand peut-on dire qu'il y a avantage indirect? Il faut appliquer les principes que nous venons d'établir en matière de renonciation. Toute donation suppose un avantage et la volonté de donner. L'avantage ne suffit pas, notamment dans les contrats à titre onéreux; car il est de la nature des conventions qu'elles produisent un avantage pour les parties contractantes : pourquoi un parent ne jouirait-il pas de ce bénéfice aussi bien qu'un étranger? Mais si, en contractant, l'intention du défunt a été de pro-

(1) Toulouse, 17 juin 1867 (Dalloz, 1867, 2, 101).

curer à son héritier un avantage indirect, c'est-à-dire un avantage plus grand que celui qu'il aurait accordé à un étranger, il y a libéralité, et par conséquent il y a lieu à rapport. Telle est l'explication que le rapporteur du Tribunat a donnée de la loi. « C'est l'intention réelle et le fait, dit Chabot, qu'il faut considérer. Si le défunt n'a rien sorti de son patrimoine pour le faire entrer dans celui de son héritier, s'il a traité avec lui comme il aurait traité avec un étranger, quoiqu'il en soit résulté des profits pour l'héritier, il n'y a pas lieu à rapport. Le défunt a bien procuré à l'héritier l'occasion de gagner, mais il l'a fait sans perdre lui-même, et il n'y a que la certitude d'un avantage frauduleux qui puisse, en pareil cas, obliger au rapport (1). » Quand y a-t-il profit licite résultant du contrat? quand y a-t-il avantage indirect? C'est évidemment une question de fait que les tribunaux décideront d'après les circonstances de la cause.

Les père et mère cèdent un fonds de commerce à quelques-uns de leurs enfants, avec bail des lieux où le commerce est exploité. Lors du partage de leur succession, les autres enfants réclamèrent le rapport de l'avantage indirect qui résultait de ce contrat à leur préjudice. Il fut jugé qu'il n'y avait pas lieu à rapport, quels que fussent les bénéfices réalisés par les cessionnaires. En effet, le prix des marchandises cédées était précisément celui que les cédants avaient porté dans leur dernier inventaire; la durée du bail n'excédait pas celle qui est d'usage dans des conventions de cette nature, et le prix était en rapport avec la valeur réelle de la maison louée et avec l'importance de la clientèle (2).

**608.** La vente est un des contrats les plus usuels, et c'est aussi la convention qui se prête le plus facilement à une libéralité indirecte. Tout profit que fait l'héritier par la vente que lui a consentie le défunt est-il sujet à rapport? Non; Lebrun a déjà fait la remarque que rien ne serait

(1) Chabot, Rapport, n° 49 (Locré, t. V, p. 123). Massé et Vergé sur Zachariæ, t. II, p. 407, note 20. Demolombe, t. XVI, p. 452, nos 363, 364.

(2) Poitiers, 14 décembre 1852 (Dalloz, 1854, 5, 628). Comparez Bruxelles, 14 novembre 1859 (*Pasicrisie*, 1860, 2, 43).

plus injuste; car si l'héritier avait perdu, il aurait supporté la perte, sans avoir droit à une indemnité contre la succession. S'il subit les mauvaises chances, il doit aussi profiter des bonnes (1). Faut-il que la lésion pour le vendeur soit des sept douzièmes? C'est le préjudice que la loi exige pour que le vendeur puisse agir en rescision pour cause de lésion. Mais cette action n'a rien de commun avec l'action en rapport. Quand le vendeur agit en rescision, la lésion énorme dont il se plaint implique un vice de consentement, un manque de liberté; par suite, le contrat est annulé. Tandis que les héritiers qui demandent le rapport n'attaquent pas la vente, ils soutiennent seulement qu'elle contient un avantage indirect, lequel doit être rapporté. Or, il peut certes y avoir libéralité indirecte sans que l'avantage s'élève jusqu'aux sept douzièmes. La loi ne fixe pas, et elle n'a pas pu fixer de chiffre au delà duquel le profit licite dégénérerait en avantage indirect; dès qu'il est prouvé que le vendeur a fait à son héritier un avantage qu'il n'aurait pas fait à un étranger, il y aura lieu à rapport (2).

Il y a un arrêt de Colmar qui semble exiger une lésion de plus de sept douzièmes pour qu'il y ait lieu au rapport (3). Si telle a été la pensée de la cour, c'est une erreur. Il a été jugé, avec raison, que la question dépend des circonstances; si l'avantage n'est pas considérable, et s'il n'est qu'une indemnité des mauvaises chances que l'acheteur prend sur lui, il n'y a pas lieu à rapport (4). La vente n'est pas annulée en cas d'avantage indirect, l'acheteur reste propriétaire : il rapporte le montant de la donation indirecte que le défunt lui a faite. Nous reviendrons sur ce point.

**609.** Les achats faits par les enfants ou par le père au nom de ses enfants peuvent cacher une libéralité. Si l'acquéreur n'a pas de biens à lui, ni de revenus, l'acquisition sera une libéralité pour le tout. Si le père n'a fourni

(1) Bruxelles, 23 novembre 1833 (*Pasicrisie*, 1833, 2, 243).
(2) Chabot, t. II, p. 362, n° 21 de l'article 843.
(3) Colmar, 10 décembre 1813 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1127).
(4) Bastia, 28 décembre 1836 (Dalloz, au mot *Succession* n° 1126).

qu'une partie du prix, il y aura vente, mais avantage indirect sujet à rapport; dans la première hypothèse, il y a aussi vente puisqu'un prix a été payé; mais ce prix est à l'égard de l'enfant une donation indirecte. Nous dirons plus loin comment se fait le rapport. Il faut voir avant tout qui doit prouver qu'il y a avantage indirect et comment se fera la preuve. La jurisprudence impose la preuve à l'acquéreur, au moins dans le cas où l'enfant habite avec le père et n'a pas de biens personnels ni de pécule quelconque; on présume, dans ce cas, que le prix a été payé par le père (1). Cela n'est pas conforme aux principes qui régissent la preuve. C'est au demandeur à prouver le fondement de sa demande : dans l'espèce, les héritiers qui réclament le rapport doivent prouver qu'il y a une libéralité rapportable. Ils sont admis à invoquer toute espèce de preuves, même les présomptions; c'est le droit commun en cette matière (n° 592) (2). Le défendeur n'a donc rien à prouver, sauf si le demandeur parvient à établir que l'acquéreur n'a pas payé le prix, celui-ci sera admis à la preuve contraire. Il se pourrait que le prix n'eût pas été payé par le père, quoique le fils soit sans fortune : s'il a emprunté la somme qu'il a payée au vendeur, ou si elle lui a été donnée par un autre que le défunt dont il est l'héritier. Lorsque le fait de la libéralité est établi, elle doit être rapportée, à moins qu'il n'y ait dispense expresse de rapport; c'est le droit commun, et on ne comprendrait pas, dit la cour de Limoges, que la loi accordât plus de faveur à une donation déguisée qu'à une donation faite ouvertement et avec les solennités qu'elle prescrit (3).

**610**. Que l'avantage indirect résultant d'un bail soit rapportable, cela ne fait aucun doute. Mais, dans ce contrat surtout, le juge doit se garder de considérer tout profit comme une donation. Le fermier a droit à un bénéfice, c'est le prix de son travail. D'un autre côté, le bailleur

(1) Bruxelles, 12 juillet 1815 (*Pasicrisie*, 1815, p. 439) et 14 août 1849 (*Pasicrisie*, 1852, 2, 120).

(2) Comparez Liége, 11 novembre 1828 et Toulouse, 15 décembre 1832 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1136).

(3) Limoges, 30 décembre 1837 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1132).

peut avoir intérêt à ce que son fils occupe la ferme, de préférence à un étranger. Il faut tenir compte de toutes les circonstances de la cause pour déterminer s'il y a avantage indirect (1). On a prétendu que cet avantage n'est jamais sujet à rapport. Aux termes de l'article 896, les fruits ne sont pas rapportables; donc, dit-on, les fruits perçus par le fermier ne doivent pas être rapportés, pas plus que ceux que perçoit le donataire de l'immeuble. L'objection confond deux contrats essentiellement différents. Si le donataire d'un immeuble ne doit pas les fruits, c'est qu'il est propriétaire, et comme tel les fruits lui appartiennent; il est vrai que sa propriété est résolue par le rapport, mais il reste toujours un avancement d'hoirie qui suffit pour que l'héritier fasse les fruits siens. Tandis que le fermier n'a que le droit d'exploiter le fonds, en payant un fermage : la libéralité ne porte pas, dans ce cas, sur les fruits, elle résulte de la quotité des fermages que le fermier doit payer; il y a donc donation indirecte, et par suite obligation de la rapporter en vertu de l'article 853; l'article 856 est hors de cause. C'est l'opinion générale (2).

Il suit de là que le rapport est dû de tout ce dont le fermage ordinaire dépasse celui qui a été stipulé pour avantager l'héritier; et de plus l'héritier doit l'intérêt des sommes qu'il est tenu de rapporter, à partir de l'ouverture de l'hérédité. L'article 856 reçoit donc son application, ainsi que l'article 853 (3). Y a-t-il lieu, en outre, à l'annulation du bail? On répond que le bail pourra être annulé suivant les circonstances; et l'on cite comme cause de nullité la durée du bail, lorsqu'elle est plus longue que celle des baux ordinaires (4). A notre avis, c'est dépasser la loi; le défunt a eu le droit de consentir un bail à son héritier : ce bail n'est pas nul s'il contient un avantage indirect au

(1) Duranton, t. VII, p. 496, n° 342.

(2) Sauf le dissentiment de Belost-Jolimont sur Chabot, t. II, p. 472, note 1 sur l'article 853. En sens contraire, Aubry et Rau sur Zachariæ, t. IV, p. 461, note 43. Comparez Liége, 3 mars 1842 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1139).

(3) Bruxelles, 24 février 1858 (*Pasicrisie*, 1858, 2, 120). En sens contraire, Paris, 21 (ou 18) avril 1812 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1139).

(4) Duranton, t. VII, p. 498, n° 342. Demolombe, t. XVI, p. 501, n° 397. Comparez l'arrêt de Paris, cité dans la note 3.

profit du preneur, car aucune loi ne prononce cette nullité : le code n'admet pas même la lésion, fût-elle des sept douzièmes, comme un vice du contrat. Donc le bail doit être maintenu, sauf à l'héritier à rapporter tout l'avantage qui en résulte pour lui (1).

**611**. Les dettes dont l'héritier est tenu envers le défunt, quelle qu'en soit la cause, prêtent également à des avantages indirects. Si le créancier fait remise gratuite de sa créance au débiteur, la libéralité est certaine. Cela n'est pas douteux lorsque la remise est expresse. Il y a cependant un cas de remise qui donne lieu à de sérieuses difficultés. Le défunt a concouru à un concordat par lequel les créanciers accordent une remise à leur débiteur. Cette remise est-elle sujette à rapport? Il nous semble qu'il ne peut être question de libéralité dans un concordat que le mauvais état des affaires du débiteur oblige les créanciers à consentir; ce concordat lie même la minorité des créanciers qui s'y opposent. L'héritier ne peut donc être tenu au rapport à raison d'une libéralité indirecte; s'il y est tenu, ce ne peut être qu'en qualité de débiteur. Nous reviendrons sur la question, en traitant du rapport des dettes.

Il y a remise tacite de la dette lorsque le créancier remet volontairement au débiteur le titre original sous signature privée ou la grosse du titre authentique (art. 1282, 1283). Cette remise est-elle une libéralité sujette à rapport? L'article 1282 dit que la tradition du titre fait preuve de la libération, et, d'après l'article 1283, la tradition fait présumer la *remise* de la dette ou le payement. Nous dirons, au titre des *Obligations*, quel est le sens de ces dispositions ; à notre avis, la tradition crée une présomption de libération, sauf aux parties intéressées à prouver qu'il y a, soit remise gratuite, soit payement. S'il est établi qu'il y a remise, il y a libéralité indirecte. Cette donation indirecte est rapportable, d'après le droit commun, c'est-à-dire que, dans l'opinion que nous avons enseignée, elle doit être rapportée, à moins qu'il n'y ait une dispense

(1) Liége, 21 décembre 1867 (*Pasicrisie*, 1868, 2, 241). Bruxelles, 12 juillet 1815 (*Pasicrisie*, 1815, p. 439). Comparez le tome XII de mes *Principes*, nos 29, 281 et 282.

expresse de rapport (1). Dans la doctrine consacrée par la jurisprudence, il y a dispense virtuelle, à raison de la voie détournée que le créancier a choisie pour faire sa libéralité, et de la précaution qu'il a prise pour en faire disparaître les traces (2).

La remise de la dette peut encore avoir lieu sous d'autres formes. Si le créancier donne quittance à son débiteur sans avoir reçu le payement de la dette, il lui fait une libéralité indirecte, qui est sujette à rapport. Il a été jugé qu'en cas de remise directe, il n'y a pas de dispense de rapport (3), tandis que la remise sous forme de quittance implique une dispense virtuelle (4). De même, si le créancier détruit le billet que le débiteur lui a donné, il est censé, dans l'opinion générale, lui faire une libéralité dispensée de rapport (5). Nous n'admettons pas le principe de la dispense virtuelle; par suite, nous rejetons les conséquences que l'on en déduit.

**612.** Le défunt a cautionné son héritier. Est-ce une libéralité sujette à rapport? La question est controversée. Il nous semble que l'affirmative n'est guère douteuse. N'est-ce pas dans l'intérêt du débiteur, pour lui procurer un crédit qu'il n'aurait pas obtenu, que le défunt l'a cautionné? Il lui a donc procuré un avantage. Et cet avantage implique que le défunt a eu la volonté de l'avantager; car tout don suppose l'intention de donner. Il y a donc dans le fait du cautionnement les éléments et les conditions du rapport. En quoi consistera-t-il? L'héritier cautionné devra rapporter à la succession la décharge du cautionnement (6). Il y aurait exception à ce principe si le cautionnement avait été fourni par le défunt dans l'in-

(1) Duranton, t. VII, p. 444, n° 309.

(2) Aubry et Rau sur Zachariæ, t. IV, p. 471, note 16. L'arrêt de rejet du 24 novembre 1858 paraît conçu dans le sens de cette opinion (Dalloz, 1859, 1, 133).

(3) Paris, 8 mai 1833 (Dalloz, au mot *Faillite*, n° 343, 7°).

(4) Paris, 8 février 1837 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1149) et 8 août 1850 (Dalloz, 1851, 5, 181).

(5) Lyon, 14 février 1848 (Dalloz, 1850, 2, 194).

(6) Demante, t. III, p. 275, n° 187 *bis* IV; Demolombe, t. XVI, p. 448, n° 358. En sens contraire, Massé et Vergé sur Zachariæ, t. II, p. 402, note 12, et les autorités qu'ils citent.

térêt du créancier plutôt que dans celui du débiteur. Le cas s'est présenté devant la cour de Paris. Dans l'espèce, la mère avait cautionné un de ses enfants à son insu, et après que la dette avait été contractée, pour garantir les intérêts du créancier, frère du débiteur. La cour a très-bien jugé que, dans ces circonstances, c'était le créancier qui, se trouvant avantagé, devait le rapport (1).

### III. *Des sociétés.*

**613.** L'article 854 porte : « Pareillement, il n'est pas dû de rapport pour les associations faites sans fraude entre le défunt et l'un de ses héritiers, lorsque les conditions en ont été réglées par un acte authentique. » Cette disposition, comme l'indique le mot *pareillement,* est une suite et une application des principes posés par l'article 853; toutefois, à certains égards, il y a dérogation. De là d'assez nombreuses difficultés. La société est un contrat à titre onéreux; elle peut être formée entre le défunt et l'un de ses héritiers, comme tout autre contrat. Pourquoi donc, après avoir établi une règle générale applicable à toutes les conventions (art. 853), le législateur a-t-il ajouté une disposition spéciale concernant les sociétés? C'est précisément parce qu'il entendait faire exception à la règle. Il nous faut donc voir en quel sens l'article 854 applique les principes généraux et en quel sens il y déroge.

La société peut procurer des profits à l'héritier associé : en devra-t-il le rapport? Non, si l'association a été faite *sans fraude.* Cette expression a été interprétée dans des sens divers (2). Si l'on combine l'article 854 avec l'article 853, dont il est une suite et une application, il ne peut guère y avoir de doute sur la signification de la loi. Quel est le principe établi par l'article 853? Le profit que l'héritier retire d'un contrat passé avec le défunt ne doit pas être rapporté, *si la convention ne présentait aucun avantage indirect lorsqu'elle a été faite.* Pareillement, continue

(1) Paris, 21 décembre 1843 (Dalloz, au mot *Succession,* n° 1210). Comparez Rejet du 29 décembre 1858 (Dalloz, 1859, 1, 102).

(2) Aubry et Rau sur Zachariæ, t. IV, p. 455, note 25.

l'article 854, il n'est pas dû de rapport pour les associations faites *sans fraude* ; ces mots expriment la même pensée qui se trouve énoncée plus au long dans l'article 853, quant aux avantages indirects. Le législateur français aime la concision, et il tient même à l'élégance : de là le soin qu'il prend très-souvent de ne pas répéter les expressions dont il vient de se servir. On lui a reproché en termes assez durs cette préoccupation du beau style (1). Il nous semble que, dans l'espèce, la critique est trop sévère. Que font les associés qui combinent les clauses d'une société de manière à procurer à l'un d'eux un avantage indirect et caché? Ils déguisent une libéralité sous forme d'un contrat à titre onéreux, ils cherchent à éluder la loi, en ce sens du moins qu'ils veulent soustraire la libéralité aux formes solennelles des donations et à la règle de la dispense expresse du rapport : or, éluder la loi, n'est-ce pas faire fraude à la loi? L'expression se justifie donc, et sa signification n'est pas douteuse. Si la société a été formée de bonne foi, sans intention d'avantager l'héritier associé, celui-ci ne devra pas rapporter les profits qu'il en retire; que si, lors du contrat, l'intention du défunt était de procurer un avantage indirect à son héritier, celui-ci en devra le rapport (2).

**614**. Il faut ajouter une restriction à ce que nous venons de dire. La bonne foi des parties ne suffit pas pour que l'héritier associé puisse profiter des bénéfices de l'association; de plus la loi exige que les conditions de la société aient été réglées par un acte authentique. Ici nous entrons dans la partie exceptionnelle et difficile de l'article 854. Pourquoi la loi veut-elle que la société soit constatée par acte authentique, alors qu'elle ne prescrit pas cette condition pour les autres contrats qui interviennent entre le défunt et l'un de ses héritiers? C'est que la fraude était plus à craindre en matière de société. Aucun contrat ne se prête aussi facilement à des avan-

(1) Mourlon l'appelle un misérable intérêt de style (*Répétitions*, t. II, p. 161).

(2) Duranton, t. VII, p. 492, n° 339, 1°. Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, p. 495, n° 717. Demolombe, t. XVI, p. 457, n° 367.

tages déguisés que la société, et aucun contrat ne procure des bénéfices aussi considérables; il y avait donc à craindre que le défunt n'employât cette voie pour avantager un de ses héritiers au préjudice des autres. Comment prévenir cette espèce de fraude? Quand la loi veut empêcher la fraude, elle prescrit l'authenticité (art. 1249, n° 2). L'acte authentique prévient le danger des antidates; par conséquent le défunt ne peut pas faire participer son héritier aux profits déjà réalisés d'une affaire, en faisant un acte d'association sous seing privé, auquel il donnerait une date antérieure au commencement de ses opérations. De plus, l'intervention d'un officier public rend la fraude plus difficile, parce qu'on ne peut guère lui cacher l'intention que l'on a d'éluder la loi, et on n'aime point à faire connaître cette intention à des tiers qui pourraient la divulguer. Enfin, la minute de l'acte restant déposée chez le notaire, les parties intéressées peuvent toujours dévoiler et prouver les combinaisons à l'aide desquelles le défunt a voulu avantager l'un de ses héritiers (1).

Si nous insistons tant sur les motifs pour lesquels la loi a exigé l'authenticité, c'est qu'ils décident d'avance les controverses auxquelles cette condition a donné lieu. On demande si l'enregistrement peut tenir lieu de l'authenticité. La négative est certaine d'après le texte, et l'esprit de la loi ne laisse aucun doute. On a prétendu que les formalités prescrites par le code de commerce pour la publicité des sociétés commerciales suffisaient pour atteindre le but que la loi a eu en vue. Non, car elles n'offrent pas la garantie de l'intervention d'un officier public, elles n'assurent pas la conservation de l'acte et elles n'en font pas connaître les conditions; or, d'après le texte bien formel du code, ce sont les conditions qui doivent être réglées par un acte authentique (2). La jurisprudence est en ce sens (3).

(1) Duranton, t. XVI, p. 493, n° 339. Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, p. 494, n° 716. Demolombe, t. XVI, p. 455, n$^{os}$ 365 et 366.

(2) Mourlon, *Répétitions*, t. II, p. 162. Demolombe, t. XVI, p. 459, n$^{os}$ 369 et 370. En sens contraire, Duranton, t. VII, p. 494, n$^{os}$ 340 et 341; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, p. 494, n° 716.

(3) Cassation, 26 janvier 1842 et Liége, 23 mars 1842 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1147, 1° et 2°).

**615.** Si les parties intéressées se sont conformées à la loi, c'est-à-dire si l'association est faite sans fraude, et si les conditions en sont réglées par acte authentique, il n'y a aucun doute; l'héritier ne devra pas rapporter les profits qu'il en a retirés. C'est l'application du droit commun (n° 607), sauf la condition de l'authenticité. Mais que faut-il décider si la société n'est pas constatée par acte authentique? On suppose qu'elle a été contractée de bonne foi. Sur ce point, il y a une nouvelle controverse. Nous répondons sans hésiter que l'héritier devra le rapport des profits qu'il aura faits. Le texte est formel : l'héritier ne doit pas le rapport, lorsque les conditions de l'association ont été réglées par un acte authentique. Ainsi l'authenticité est une condition requise pour que l'héritier soit dispensé du rapport; quand la condition n'est pas remplie, le rapport est dû. L'esprit de la loi conduit à la même conclusion : elle a prescrit l'authenticité pour prévenir la fraude; donc si la société n'est pas authentique, elle est présumée frauduleuse, en ce sens qu'il y a présomption que les profits qui en résultent pour l'associé sont la conséquence de clauses combinées dans l'intention de l'avantager. La présomption peut parfois n'être pas d'accord avec la réalité; il en est ainsi de toute présomption, ou, si l'on veut, de toute condition prescrite pour prévenir la fraude. Le législateur veut prévenir la fraude en établissant la condition de l'authenticité; à défaut de publicité, la fraude doit être présumée. On objecte que la conséquence est rigoureuse. Elle l'est, mais les parties auraient mauvaise grâce de s'en plaindre : elles connaissaient la loi, elles devaient s'y conformer. La jurisprudence a consacré cette doctrine (1).

**616.** La jurisprudence, tout en consacrant l'application rigoureuse de la loi, a cherché à mettre la rigueur du droit en harmonie avec l'équité, voie pleine de périls, parce qu'on risque de mettre l'équité à la place de la loi. Dans

(1) Paris, 28 décembre 1854 (Dalloz, 1856, 2, 280) et 2 août 1860 (Dalloz, 1862, 1, 140); Rejet, 29 décembre 1858 (Dalloz, 1859, 1, 220). Comparez Aubry et Rau sur Zachariæ, t. IV, p. 455 et note 26. Demolombe, t. XVI, p. 463, n° 372.

une espèce où les bénéfices de l'héritier s'élevaient à près de trois cent mille francs, la cour de Paris refusa de les lui allouer, parce que la société n'avait pas été constatée par acte authentique. Cependant la bonne foi des parties était évidente. Le père avait associé son fils à ses entreprises, parce que le fils montrait une aptitude toute spéciale pour les travaux auxquels on l'employait; par sa collaboration active, intelligente, dévouée, il avait contribué à accroître notablement la fortune de la famille. Ses frères et sœurs ne tinrent aucun compte de ces services. Que fit la cour? Elle décida qu'une indemnité était due au fils pour son travail, et elle lui accorda, à titre de rémunération, la part dans les bénéfices que son père lui avait donnée. Décision très-équitable et très-juridique que la cour de cassation confirma par un arrêt de rejet (1).

La jurisprudence va plus loin : elle admet qu'il appartient au juge de décider que le défunt a entendu dispenser son héritier du rapport des profits qu'il a retirés d'une société dont les conditions n'étaient pas réglées par un acte authentique (2). Voilà une concession à laquelle nous ne pouvons souscrire. Elle est en opposition avec le principe de la dispense expresse, que la jurisprudence n'admet pas, il est vrai; elle est encore en opposition avec l'article 854. Lorsque les conditions de la société ne sont pas réglées par acte authentique, il y a présomption légale de fraude : ce sont les termes des arrêts rendus par la cour de cassation. Qu'est-ce à dire? C'est que ces libéralitss doivent être rapportées. Le juge peut-il les affranchir du rapport, en se fondant sur l'intention du défunt, alors que la loi établit une présomption absolue de fraude, d'où dérive la nécessité tout aussi absolue du rapport? Permettre au juge de déclarer non rapportables des avantages que la loi déclare rapportables, n'est-ce pas lui permettre d'éluder la condition de l'authenticité et de violer indirectement la loi?

(1) Rejet, 19 novembre 1861 (Dalloz, 1862, 1, 140). Comparez Aix, 14 avril 1858 et Rejet, 29 décembre 1858 (Dalloz, 1859, 1, 219).

(2) Rejet, 31 décembre 1855 (Dalloz, 1856, 1, 359). En sens contraire, Demolombe, t. XVI, p. 466, n° 373.

**617.** La disposition de l'article 854 étant exceptionnelle, en ce qui concerne la condition de l'authenticité, on doit la restreindre dans les termes précis du texte. Elle suppose une société entre le défunt et son héritier. Donc s'il n'y a pas de société, l'article 854 n'est plus applicable. Il arrive souvent que le père emploie son fils dans son industrie ou dans son commerce, sans l'associer à ses entreprises. L'indemnité qu'il lui alloue de ce chef tombe-t-elle sous l'application de l'article 854? Non; le texte suppose une société, et, dans l'espèce, il n'y en a pas, car l'enfant ne subit pas les chances de perte et ne profite pas des chances de gain; c'est un simple employé que l'on rétribue à raison des services qu'il rend. Quant à l'esprit de la loi, il n'y a pas de doute non plus. C'est précisément à cause des bénéfices auxquels le défunt associe son héritier, que l'article 854 exige que les conditions soient réglées par acte authentique. Or, nous supposons que l'enfant n'a aucune part dans les bénéfices : ce qu'il reçoit, il le touche à titre de traitement (1).

**618.** Il a encore été jugé que, dans le cas même où il existe une société, l'héritier ne doit pas rapporter les profits qu'il en a retirés, si le juge du fait constate que les bénéfices sont une juste indemnité du concours que le successible a donné aux affaires sociales et des risques courus par ses capitaux (2). Cette décision ne tend-elle pas à éluder la loi? Dès qu'il y a société, les profits doivent être rapportés, lorsque la société n'est pas constatée par acte authentique. Tout ce que le juge peut faire, c'est d'allouer une indemnité pour le travail personnel de l'associé, lequel est alors considéré comme employé; mais l'indemnité ne pourrait pas comprendre les risques courus par les capitaux : ceci est une affaire sociale; or, l'héritier ne peut rien recevoir à titre d'associé.

**619.** Il est hors de doute que l'article 854 n'est plus applicable lorsque l'association a été formée entre le défunt et son gendre. Celui-ci n'étant pas héritier, il ne peut

(1) Poitiers, 14 décembre 1852 (Dalloz, 1854, 5, 628).
(2) Rejet, 17 août 1864 (Dalloz, 1865, 1, 305).

être question de l'assujettir à un rapport. Tout ce que l'on pourrait soutenir, c'est que le gendre est une personne interposée pour faire parvenir à la fille du défunt les bénéfices de l'association. Les héritiers seraient certes admis à prouver qu'il y a interposition de personne, puisque c'est là une des voies indirectes qui constituent une libéralité rapportable; mais ce serait à eux de faire la preuve, et ils y réussiraient difficilement : comme le dit la cour de Poitiers, l'interposition de personnes n'a point de raison d'être là où la libéralité directe est permise (1). Il a été jugé qu'il y avait, dans l'espèce, dispense légale du rapport en vertu de l'article 849, aux termes duquel les dons faits au conjoint du successible sont réputés faits avec dispense de rapport (2). Cela est douteux. Tout ce que l'article 849 ainsi que l'article 847 veulent dire, c'est que celui qui n'est pas donataire ne doit pas le rapport. Par contre, celui qui reçoit une donation indirecte doit la rapporter; l'article 849 ne dit pas le contraire. On ne pourrait donner ce sens à la loi qu'en s'attachant à la lettre du texte; mais nous avons dit ailleurs que les auteurs avouent que ces dispositions, prises à la lettre, sont un non-sens. Il faut donc les laisser de côté et décider la question d'après les principes.

### IV. *De quoi est-il dû rapport en cas de donation indirecte?*

**620.** La difficulté est de savoir si l'acte qui contient la donation indirecte doit être annulé au profit de la succession, ou si cet acte est maintenu et si l'héritier avantagé rapporte seulement l'avantage qui en résulte. Dans l'ancien droit déjà, Pothier et Lebrun décidaient la question en sens divers, en s'appuyant l'un et l'autre sur le droit romain. Or, les jurisconsultes romains étaient également en désaccord, de sorte que l'on mêlait une controverse romaine à une controverse française, ce qui est un mau-

(1) Poitiers, 2 juin 1863 et Rejet, 17 août 1864 (Dalloz, 1865, 1, 305).
(2) Rejet, 31 décembre 1855 (Dalloz, 1856, 1, 358).

vais moyen de mettre fin au débat (1). Laissons là le Digeste pour nous en tenir au code civil. L'article 853, qui pose le principe, suppose que le contrat intervenu entre le défunt et son héritier est sérieux, donc valable; il en résulte un profit pour l'héritier : ce profit est-il rapportable? Oui, si la convention présentait un avantage indirect au moment où elle a été faite. C'est donc l'avantage indirect qui est sujet à rapport; le contrat subsiste, l'héritier avantagé se borne à rapporter la donation indirecte qu'il a reçue du défunt. Mais le contrat peut aussi être fictif; dans ce cas, il n'y a réellement pas d'acte à titre onéreux, il y a une libéralité faite sous la forme d'un autre contrat; on ne tient aucun compte de la forme, qui n'est qu'une fiction, l'héritier rapporte alors tout ce qu'il a reçu du défunt (2).

Reste à savoir quand le contrat est sérieux, quand il est fictif. Il n'y a pas de question, lorsqu'il n'y a qu'une apparence de contrat, comme nous venons de le supposer : tout est fictif, dans ce cas, on laisse là la fiction pour s'en tenir à la réalité. Mais que faut-il décider si le défunt a vendu un fonds à son héritier pour une somme beaucoup moindre que le prix réel? Y aura-t-il vente? l'héritier conservera-t-il la chose vendue et rapportera-t-il seulement la différence entre le prix et la valeur réelle? ou n'y a-t-il pas de vente, et l'héritier rapportera-t-il la chose qu'il a achetée? Chabot propose d'admettre comme règle que si la juste valeur excède de plus de moitié le prix stipulé dans l'acte, la donation devra être présumée plutôt que la vente, et qu'en conséquence le bien sera rapportable en nature : que si, au contraire, le prix stipulé n'est pas inférieur à la moitié de la juste valeur, on doit présumer qu'il y a eu vente plutôt que donation, et dans ce cas l'héritier ne sera tenu que de rapporter la différence qui existe entre le prix stipulé et la juste valeur. C'est le seul moyen, dit Chabot, de prévenir toute discussion et tout

(1) Voyez, sur cette controverse, Chabot, t. II, p. 363, nº 21 de l'article 843 et Duranton, t. VII, p. 574, nº 398.

(2) Demante, t. III, p. 284, nº 189 *bis* I. Comparez Demolombe, t. XVI, p. 496, nº 393.

arbitraire sur l'intention que peut avoir eue le défunt en contractant avec son héritier (1). Mais la règle même proposée par Chabot n'est-elle pas arbitraire? Que le législateur établisse une pareille présomption, soit; mais qui donne ce droit à l'interprète? Le juge se trouve en face d'un contrat à titre onéreux. Si ce contrat renferme toutes les conditions requises pour sa validité, de quel droit le juge l'annulera-t-il? Car c'est l'annuler que d'obliger l'acheteur à rapporter à la masse la chose vendue, sauf à réclamer la restitution du prix qu'il a payé. Il nous semble que la question doit être décidée par les principes qui régissent les contrats. Si les conditions exigées pour la validité du contrat sont remplies, le contrat étant valable, le juge devra le maintenir. Or, en principe, la lésion ne vicie pas les conventions, c'est-à-dire que le contrat subsiste alors même que l'une des parties reçoit moins que ce qu'elle donne. La vileté du prix n'annulerait pas le bail. Et dans la vente même, il faut une lésion de plus de sept douzièmes pour que le vendeur d'un immeuble puisse agir en rescision. De sorte qu'une vente mobilière serait valable et devrait être maintenue dès qu'il y aurait un prix. Quand y a-t-il prix? C'est ce que nous verrons au titre de la *Vente*. Dans le cas supposé par Chabot, il y aurait vente valable dès que la différence entre la valeur et le prix stipulé n'atteindrait pas les sept douzièmes (art. 1674).

Il a été jugé, conformément au principe que nous venons de poser, que la donation faite sous forme de vente par personne interposée est une vente fictive et mensongère; ce sont les termes de la cour de cassation. Donc l'acte est nul comme vente, et partant l'immeuble doit être remis dans la masse (2).

**621.** Si la vente est maintenue, il faut évaluer l'avantage qui en résulte pour l'héritier, au cas où il y a libéralité indirecte. Quelle est l'époque que l'on doit considérer pour apprécier l'avantage? celle de la vente ou celle du

(1) Chabot, t. II, p. 365, n° 21 de l'article 843. Comparez Demolombe, t. XVI, p. 499, n° 396.
(2) Rejet du 21 août 1837 et du 25 janvier 1841 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 429, 2° et 3°).

partage? Il a été jugé qu'il faut avoir égard à la formation du contrat (1). Cela résulte du texte et de l'esprit de la loi. Pour savoir si le profit que l'héritier retire d'une convention constitue un avantage indirect, il faut, d'après l'article 853, considérer l'époque où elle a été faite; c'est aussi à ce moment qu'il faut remonter pour estimer le montant de l'avantage. En effet, il s'agit de rapporter une donation, c'est-à-dire que l'héritier doit remettre dans la masse ce qu'il a *reçu* du défunt : ce sont les termes de l'article 843; donc ce qui est sorti du patrimoine du défunt, comme s'exprime Pothier; or, c'est le contrat qui fait sortir une valeur du patrimoine du défunt pour la faire entrer dans celui de l'héritier. Cela décide la question. Peu importe que cette valeur ait augmenté depuis ou diminué. Nous supposons que le contrat est maintenu et que l'avantage indirect qui en résulte est rapporté. Si le contrat est fictif et si la chose même qui en fait l'objet est rapportée, on applique les principes qui régissent le rapport en nature (art. 860-862). Dans le cas, au contraire, où l'héritier se borne à rapporter l'avantage indirect que le défunt a voulu lui faire, il faut suivre la règle qui régit le rapport des valeurs mobilières, puisque le rapport consistera à mettre une somme d'argent dans la masse de l'hérédité (art. 868, 869). La cour de cassation a appliqué ce principe au bail; elle a décidé que l'avantage indirect résultant de baux consentis à un successible doit être rapporté d'après la valeur locative de l'immeuble au temps du bail, et non au temps du décès du bailleur. Le même principe doit recevoir son application à la vente.

**622**. Il y a une difficulté particulière, lorsque l'avantage indirect résulte d'une acquisition faite par l'héritier avec des deniers provenant du défunt. Est-ce la chose achetée que l'héritier doit rapporter, ou sont-ce les deniers que le défunt lui a fournis? Un arrêt de la cour de cassation a jugé que c'est une question d'intention, qu'il appartient aux tribunaux d'apprécier (2). Cela est bien vague.

(1) Cassation, 29 juillet 1863 (Dalloz, 1864, 1, 110).
(2) Rejet du 20 mars 1843 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1122, 1°).

Il nous semble que la décision de la question dépend du point de savoir qui est propriétaire. Or, c'est l'acheteur qui acquiert la propriété de la chose vendue, peu importe qu'il la paye avec ses deniers ou avec des deniers qui lui ont été donnés par un tiers, ou que le prix soit payé directement par un tiers. Cela est élémentaire. La difficulté se réduit donc à préciser qui est acheteur. C'est celui qui figure au contrat comme tel. Si l'héritier est majeur, il n'y a aucun doute. Il en serait encore de même si l'héritier était mineur; car le mineur devient propriétaire de la chose qu'il achète, sauf à lui à demander la rescision de la vente s'il est lésé. Que faut-il décider si un père achète pour son fils mineur et en son nom? Pothier répond que le fils devra le rapport, non de l'héritage, mais du prix que le père a fourni pour l'acquisition (1). La décision n'est pas douteuse lorsque réellement le fils est acquéreur. Mais pour qu'il le soit dans l'espèce, il doit être partie au contrat; or, il ne l'est que s'il a donné mandat à son père d'acheter, ou s'il a ratifié l'acquisition faite en son nom (2). On objecte que le père a acheté et payé, que c'est donc lui qui est propriétaire (3). Cela n'est pas exact. D'abord il ne faut pas considérer qui a payé, car ce n'est pas celui qui paye qui devient propriétaire, c'est celui qui achète. Puis il n'est pas vrai de dire que le père achète quand il parle au contrat pour son fils et en son nom. C'est, en réalité, le fils qui est acquéreur; mais sa ratification est nécessaire, puisqu'il n'a pas figuré personnellement au contrat. Le principe qui sert de base à notre doctrine est consacré par la jurisprudence : l'héritier qui achète devient propriétaire, il rapporte le prix, s'il est prouvé que le défunt lui a fourni les deniers nécessaires (4).

(1) Pothier, *Des successions*, chap. IV, art. II, § II.
(2) Duranton, t. VII, p. 571, n° 394.
(3) Vazeille, *Des successions*, t. 1, p. 358, n° 13.
(4) Rejet du 25 mars 1828 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1134, 2°). Pau, 30 janvier 1852 (Dalloz, 1853, 2, 57).

### Nº 3. DES LIBÉRALITÉS NON SUJETTES A RAPPORT.

#### I. *Des libéralités de l'article* 852.

**623**. Aux termes de l'article 852, « les frais de nourriture, d'entretien, d'éducation, d'apprentissage, les frais ordinaires d'équipement, ceux de noces et présents d'usage ne doivent pas être rapportés. » Quels sont les motifs de cette exception? Constatons d'abord qu'il s'agit d'une exception à la règle générale en vertu de laquelle l'héritier doit rapporter tout ce qu'il a reçu du défunt à titre gratuit, directement ou indirectement. Que les présents d'usage faits à l'héritier soient des libéralités, cela n'a pas besoin d'être dit. Les frais de noces sont aussi une libéralité, en ce sens que si le défunt n'avait pas fait ces frais, l'héritier les aurait faits, c'est donc un profit pour lui. Quant aux dépenses d'équipement, il n'y a aucun doute, c'est un don que le défunt fait au successible. Restent les frais de nourriture, d'entretien, d'éducation et d'apprentissage. Ici il faut distinguer. Si ces frais sont payés par les père et mère de l'héritier, ils ne constituent pas une libéralité ; les père et mère sont obligés, d'après l'article 203, de nourrir, entretenir et élever leurs enfants ; en le faisant, ils acquittent une dette ; juridiquement parlant, les enfants sont créanciers. C'est dire qu'il ne peut pas être question de rapport en ce cas, car on ne rapporte que les libéralités ou les dettes ; il serait absurde de dire que l'on rapporte une créance. Lors donc que la loi dit que les frais de nourriture, d'entretien et d'éducation ne doivent pas être rapportés, elle suppose qu'il s'agit de choses rapportables, et dont, par exception, l'héritier ne doit pas le rapport. Il en serait ainsi des aliments que les père et mère auraient fournis, dans les cas où ils ne sont pas tenus de la dette alimentaire ; de même, des frais d'éducation payés par un ascendant, les ascendants n'étant pas tenus du devoir d'éducation ; enfin les frais d'entretien et d'éducation avancés par des collatéraux sont toujours une libéralité, car ils ne sont tenus ni du devoir d'éducation ni de l'obligation alimentaire.

Voilà donc des libéralités faites par le défunt à son héritier; d'après le principe général établi par l'article 843, elles seraient sujettes à rapport, puisque l'héritier doit rapporter *tout* ce qu'il a reçu du défunt; l'article 852 dispose, au contraire, que ces libéralités ne doivent pas être rapportées. Il consacre donc une exception. Nous en demandons le motif, et il n'est pas facile de répondre. Quand on lit le rapport de Chabot au Tribunat, on sent que le rapporteur est embarrassé pour trouver une bonne raison. Chabot invoque l'équité, ce qui implique que, d'après le droit strict, il devrait y avoir rapport. « Il serait beaucoup trop sévère, dit-il, que les aliments et les frais d'éducation fussent sujets au rapport; il faut aussi laisser quelques droits à la nature et à la tendresse; et ce serait les contraindre d'une manière insupportable que de leur interdire jusqu'à de simples dons qui, d'ailleurs, sont si utiles pour resserrer les liens de famille (1). » Chabot pose mal la question, et il y répond tout aussi mal. Qui songe à contraindre la nature et l'affection? Le défunt est libre de faire à son héritier telles libéralités qu'il veut, dans les limites du disponible, à condition qu'il y ajoute une dispense de rapport. Il s'agit de savoir pourquoi la loi dispense de plein droit certaines libéralités de l'obligation du rapport, en les déclarant non rapportables. La raison ne peut être que celle-ci, c'est que les motifs pour lesquels la loi soumet au rapport toutes les libéralités ne s'appliquent pas aux libéralités que l'article 852 n'y assujettit point.

L'héritier doit rapporter tout ce qu'il *reçoit* du défunt, ce qui implique que la chose donnée sort du patrimoine du défunt pour entrer dans celui de l'héritier : l'un est diminué, l'autre augmenté. Or, il y a des libéralités qui n'appauvrissent pas le donateur, ou qui n'enrichissent pas le donataire. Le donateur n'est pas appauvri quand il emploie ses revenus à des actes de libéralité, en ce sens que s'il n'avait pas donné ses revenus, il les aurait dépensés. Peu importe aux héritiers; en tout cas, ils n'auraient pas

(1) Chabot, Rapport, n° 47 (Locré, t. V, p. 123).

trouvé ces valeurs dans l'hérédité. Eh bien, les libéralités qui ne sont pas rapportables d'après l'article 852 se font d'ordinaire sur les revenus. Alors même qu'elles se font sur le capital, on ne peut pas dire qu'elles augmentent le capital de l'héritier. Certes, l'instruction est le plus solide des capitaux, et elle est une source de richesses; mais en matière de rapport, il n'est question que d'avantages pécuniaires; or, l'éducation, par elle seule, n'est pas un avantage pécuniaire, donc les frais qu'elle occasionne ne doivent pas être soumis au rapport. Il y a une raison analogue pour les autres libéralités énumérées dans l'article 852 (1).

**624.** Les aliments et les frais d'éducation et d'apprentissage donnent lieu à d'assez nombreuses difficultés; la solution en est facile, si l'on remonte au principe que nous venons d'établir. Il ne peut être question du rapport des aliments quand ils constituent une dette de celui qui les fournit, ni du rapport des frais d'éducation dans la même hypothèse. De bons auteurs s'y sont trompés. Pour qu'il puisse s'agir de rapport, il faut que l'héritier soit ou donataire ou débiteur. Cela arrive quand les père et mère fournissent les aliments alors qu'ils n'y sont pas tenus : tel est le cas où l'enfant n'a pas de besoins, c'est-à-dire quand il y peut pourvoir lui-même par son travail ou par ses revenus. Fournis par les collatéraux, les aliments sont toujours ou une libéralité, ou une avance faite à l'héritier. Nous laissons de côté l'hypothèse dans laquelle les aliments seraient fournis avec l'intention de les répéter à titre d'avances ou de créance; l'héritier est dans ce cas débiteur, et il doit le rapport comme tel, d'après le droit commun (art. 829). Ce n'est pas l'hypothèse prévue par le code, puisqu'il déclare les frais de nourriture et d'entretien non rapportables. Il les considère donc comme une libéralité. De là suit qu'ils sont dispensés du rapport, alors même que le donataire aurait des biens personnels. Il faut dire plus : c'est que cette hypothèse est précisément celle

(1) Demante, t. III, p. 280, n° 188 et n° 188 *bis* I, suivi par Demolombe, t. XVI, p. 54, n$^{os}$ 406 et suiv. Comparez Mourlon, d'après Valette, t. II, p. 158, 159; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, p. 491, n° 714.

que la loi prévoit. Le contraire est cependant enseigné (1), et il y a un arrêt de la cour de cassation en ce sens; la cour invoque les principes de l'ancienne jurisprudence et l'équité. Sommes-nous encore sous l'empire des anciennes coutumes, et l'équité fait-elle loi?

Il y a un arrêt de la cour de Bordeaux, conforme à notre opinion (2). Dans l'espèce, l'héritier était marié, riche, et il habitait avec toute sa famille auprès de sa mère. Quand l'héritier est marié, il y a un motif de douter. C'est à l'homme marié à entretenir sa femme et ses enfants; si sa mère pourvoit à ces dépenses, elle paye une dette de son fils : n'est-ce pas le cas de dire que le fils doit le rapport à titre de débiteur? Non, à moins que la mère n'ait avancé les frais dans l'intention de les répéter. Cela est si contraire à la nature des choses, qu'on ne peut le présumer. La mère fait donc une véritable libéralité à son enfant, mais c'est une de ces libéralités que la loi dispense elle-même du rapport (3). La jurisprudence est hésitante; elle décide parfois d'après l'équité et les circonstances de la cause. Ainsi la cour de Nancy a déclaré rapportables les frais de nourriture et d'entretien faits par le père en faveur d'un enfant marié, doté, alors que ces dépenses avaient été continuées pendant un grand nombre d'années, et constituaient un avantage qui, évalué en capital, dépassait le disponible (4). Sans doute il y a quelque chose qui choque dans ces avantages qui témoignent contre la délicatesse de celui qui les reçoit, et ressemblent singulièrement à une exploitation; mais la délicatesse n'a rien de commun avec le droit : nous croyons que l'enfant ne doit jamais le rapport des aliments qu'il a pris à la table de l'auteur commun. Ce sont les termes d'un arrêt de la cour de cassation (5).

Faut-il maintenir ce principe dans le cas même où les

(1) Chabot, t. II, p. 465, n° 2 de l'article 852. Duranton, t. VII, p. 524, n° 356. En sens contraire, Toullier, t. II, 2, p. 309, n° 478; Zachariæ, t. IV, p. 457 et note 30; Demolombe, t. XVI, p. 520, n° 412.

(2) Rejet, 12 août 1818 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1163). En sens contraire, Bordeaux, 8 août 1838 (Dalloz, *ibid.*).

(3) Paris, 17 février 1821 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1165). Demolombe, t. XVI, p. 523, n° 413.

(4) Nancy, 20 janvier 1830 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1167).

(5) Rejet, 13 août 1823 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1167).

dépenses dépasseraient les revenus et entameraient le capital? Un arrêt de la cour de Paris dit que les dépenses ne sont pas rapportables, *surtout* lorsque le défunt n'a pas excédé ses revenus (1). Il ne faut pas attacher trop d'importance aux termes des arrêts en cette matière; les juges tiennent toujours compte des faits, mais de ce qu'ils prennent en considération, dans telle espèce, la modération relative des dépenses, on ne doit pas conclure que ce soit là une condition requise pour la dispense du rapport. Un autre arrêt dit avec raison que la mère, maîtresse absolue de sa fortune, peut prendre sur ses capitaux pour se procurer une existence plus large et plus somptueuse, et que ce n'est pas là une raison pour obliger l'enfant qui y participe à rapporter ce qu'il y aurait d'excessif dans ces dépenses (2). A la vérité, on motive la dispense du rapport sur la modicité de ces frais; mais il y a encore une autre raison, c'est que l'enfant ne s'en enrichit pas, en ce sens qu'ils n'entrent pas dans son patrimoine : il s'enrichit moins d'une vie de luxe que d'une vie modeste.

Il y a plus de doute lorsque le père paye une pension à un enfant marié. On pourrait dire que c'est là une dot, et la dot est sujette à rapport. Cependant il a été jugé que la pension n'est pas rapportable quand elle est temporaire : telle serait une pension payable à la fille qui se marie, tant qu'elle n'aurait pas recueilli la succession de ses père et mère. Ce sont, en réalité, des aliments, tandis que la dot est un établissement définitif. Comme le dit très-bien Toullier, si la fille avait été dotée, elle n'aurait pas rapporté les fruits et les intérêts de sa dot; il serait contraire à l'équité, et même à l'égalité, que l'un des enfants doté jouît des revenus de sa dot, tandis qu'un autre, recevant une pension à titre de revenu, dût la rapporter (3). Il en serait ainsi lors même que la pension aurait été constituée à titre d'usufruit. Dans ce cas, les tribunaux doivent considérer

(1) Paris, 14 janvier 1853 (Dalloz, 1853, 5, 391).
(2) Douai, 26 janvier 1861 (Dalloz, 1861, 2, 235). Demolombe, t. XVI, p. 527, n° 416.
(3) Gand, 12 juillet 1852 (*Pasicrisie*, 1853, 2, 125). Toullier, t. II, 2, 314, n° 485).

la nature de la jouissance; l'usufruit proprement dit est rapportable, mais si l'usufruit n'est qu'une jouissance temporaire, assurée à l'usufruitier pendant la vie du donateur, et pour lui tenir lieu d'aliments, il n'y a plus aucune différence entre cet usufruit et une pension alimentaire, et par suite il n'y aura pas lieu à rapport (1).

**625.** D'après l'article 852, les frais d'éducation ne doivent pas être rapportés. On entend par là toutes les dépenses faites pour l'instruction de l'enfant; l'instruction différant selon les diverses carrières, les frais diffèrent aussi. Le jeune homme se destine-t-il à une profession lettrée, il lui faut des livres et des études universitaires; à l'artisan il faut des outils et un apprentissage, moins long que les études académiques, et mettant plus tôt le jeune ouvrier à même de gagner sa vie. La loi place avec raison l'apprentissage sur la même ligne que l'éducation: c'est une éducation professionnelle. On assimilait jadis le doctorat en médecine à un établissement; à vrai dire, il n'y a aucune différence entre le doctorat en médecine et le doctorat en droit; c'est un moyen de se former un établissement, mais le diplôme ne donne pas la clientèle, pas plus au jeune médecin qu'au jeune avocat. Une bibliothèque fournie à un avocat serait un accessoire de l'établissement, et par conséquent rapportable, tandis que les livres dont l'élève a besoin pour ses études ne sont pas sujets à rapport. Pothier en dit la raison : il ne faut pas une bibliothèque pour étudier le droit, il en faut une pour pratiquer comme avocat (2). Les frais de voyage sont compris parmi les frais d'éducation, car les voyages servent à l'instruction, et ils complètent l'éducation du jeune homme (3).

Dans l'ancien droit, on soutenait que les frais d'éducation deviennent rapportables lorsqu'ils sont excessifs, en ce sens qu'ils dépassent la fortune du père qui les fait. Tous les auteurs citent les paroles de Guy Coquille. L'auteur

(1) Bordeaux, 17 janvier 1854 (Dalloz, 1855, 2, 213).
(2) Chabot, t. II, p. 468, n° 6 de l'article 852. Duranton, t. VII, p. 530, n° 360.
(3) Bruxelles, 7 avril 1808 (*Décisions notables*, t. XIV, p. 207, et les témoignages de Vinnius et de Voet, *ibid.*, p. 216).

suppose un père de moyennes facultés, faisant de grands frais pour donner une brillante instruction à un fils de bon et aigu entendement, tandis qu'il ne fait pas les mêmes dépenses pour un autre enfant, moins bien doué de la nature. Il y a là une espèce d'inégalité qui semble justifier l'obligation du rapport. A vrai dire, l'inégalité vient de Dieu, et impose au père le devoir d'en tenir compte, car il doit à son enfant une instruction qui soit en harmonie avec les facultés dont Dieu l'a doué. C'est au père à rétablir l'égalité, en faisant des avantages aux autres enfants : c'est à l'enfant privilégié à indemniser ses frères et sœurs, en renonçant à la succession paternelle en leur faveur. Toutes ces considérations tiennent à la délicatesse plus qu'au droit. La loi exempte du rapport les frais d'éducation sans les limiter au degré de fortune du père ; or, l'éducation doit varier d'après les dispositions de l'enfant : cela est décisif (1). Il y a quelque hésitation parmi les auteurs modernes ; ils invoquent l'équité et les circonstances de la cause : nous croyons, avec M. Demolombe, qu'il ne faut pas distinguer là où la loi ne distingue pas, alors que l'esprit de la loi ne commande pas de distinction (2). Duranton veut même que l'enfant rapporte les frais d'éducation lorsqu'il a des biens personnels (3). Cette exception doit être rejetée, parce qu'elle n'est ni dans le texte ni dans l'esprit de la loi. Si c'est le père qui fait les dépenses d'éducation, il y est tenu, et ayant l'usufruit des biens de l'enfant, il doit élever l'enfant d'après sa fortune ; il ne peut pas être question de rapport dans ce cas. Est-ce un autre parent qui a élevé son héritier présomptif, c'est une pure libéralité que la loi dispense du rapport.

**626.** Les frais d'équipement ne doivent pas être rapportés, dit l'article 852. On entend par là les dépenses que le père fait pour équiper un enfant qui entre au service militaire. Ici la loi contient une restriction : elle parle des frais *ordinaires* ; il faut donc décider que si le père

(1) Duranton, t. VII, p. 527, n° 357.
(2) Chabot, t. II, p. 466, n° 3 de l'article 852. Demolombe, t. XVI, p. 528, n° 417.
(3) Duranton, t. VII, p. 526, n° 356.

fait des frais trop considérables eu égard à sa fortune et au grade de l'enfant, il y a lieu au rapport, en tant que les frais sont extraordinaires (1). Il a été jugé, par application de ce principe, que les chevaux et la charrette que le père fournit à l'un de ses fils pour le faire entrer dans l'administration des charrois militaires, et le cheval et l'uniforme qu'il donne à un autre afin qu'il puisse rester dans la cavalerie, sont des frais extraordinaires sujets à rapport, surtout quand ils sont hors de proportion avec la fortune du père (2).

**627**. L'article 852 ajoute que les frais de noces et présents d'usage ne doivent pas être rapportés. Les frais de noces ne profitent pas à l'enfant, ce n'est donc pas une libéralité rapportable. Par présents d'usage, il faut entendre non-seulement les cadeaux de noces, mais tout présent que l'usage commande de faire dans certaines occasions, au jour de l'an, par exemple, ou quand la famille fête l'anniversaire de la naissance de l'enfant. C'est au juge à décider s'il y a présent d'usage, et si le présent n'excède pas ce que l'usage permet de donner. La cour de cassation a jugé que des bijoux donnés par un père à sa petite-fille, bien qu'après la célébration du mariage, pouvaient être compris dans les cadeaux de noces que la loi dispense du rapport (3). La valeur pécuniaire du présent dépend naturellement de la fortune du donateur. C'est une question de fait abandonnée à l'appréciation des tribunaux. L'on a admis comme cadeau non rapportable le don d'un diamant valant quinze mille francs; tandis que l'on a réduit à trois mille francs un don de douze mille francs qu'une veuve avait fait à son fils lors de son mariage, en ce sens que neuf mille francs furent déclarés rapportables (4).

D'ordinaire les cadeaux de noces se font ouvertement; il n'y a aucune raison de les déguiser. Toutefois il est arrivé qu'un père naturel a compris les présents de noces

(1) Chabot, t. II, p. 468, nº 7 de l'article 852.
(2) Caen, 5 décembre 1849 (Dalloz, 1854, 2. 197).
(3) Rejet, 6 juin 1834 (Dalloz, au mot *Succession*, nº 490).
(4) Rejet, 14 août 1833 et Poitiers, 2 août 1820 (Dalloz, au mot *Succession*, nºˢ 1188 et 1189).

dans un don manuel fait à titre de dot. En faut-il conclu que même la partie de la libéralité qui comprend les présents d'usage doit être considérée comme un avancement d'hoirie? C'est une question d'intention. Il a été jugé que c'est aux tribunaux à faire une estimation de la valeur à laquelle peut s'élever le cadeau de noces et à le déduire en conséquence de la donation rapportable (1).

Il y a quelque difficulté pour le trousseau. Uu arrêt de la cour de Paris décide que le trousseau ne peut être compris parmi les présents d'usage, et doit être rapporté pour le tout (2). Cela n'est-il pas trop absolu? Il ne faut pas seulement tenir compte de l'usage; il faut aussi considérer l'intention du donateur. D'ordinaire le trousseau est compris dans la dot, ce qui est assez juste : que le père fournisse du linge pour cinq mille francs à sa fille, ou qu'il lui donne cette somme, dans l'un et l'autre cas il y a avancement d'hoirie, donc obligation de rapport (3). Il en serait même ainsi si le contrat de mariage mentionnait le trousseau et en indiquait la valeur; ce serait une preuve que le père ne le donne pas à titre de cadeau de noces, car on ne fait pas mention des cadeaux dans le contrat de mariage (4). Il faut encore distinguer la nature des choses données à titre de trousseau : que le linge devant servir au ménage soit sujet à rapport, cela se conçoit, c'est un accessoire de l'établissement. Mais les habits et le linge de corps de l'enfant qui se marie peuvent être, dans l'intention du donateur, un présent de noces. La cour de Grenoble a fait cette distinction, et déduit en conséquence du trousseau un chiffre de mille francs à titre de cadeau de noces (5).

### II. *Des fruits et intérêts.*

**628.** « Les fruits et les intérêts des choses sujettes à rapport ne sont dus qu'à compter du jour de l'ouverture

(1) Rejet, 13 janvier 1862 (Dalloz, 1862, 1, 142).
(2) Paris, 15 janvier 1853 (Dalloz, 1853, 5, 392).
(3) Cassation, 11 juillet 1814 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 1222).
(4) Paris, 18 janvier 1825 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1191, 2°).
(5) Grenoble, 26 août 1846 (Dalloz, 1847, 2, 174).

de la succession » (art. 856). Il suit de là que l'héritier ne doit pas le rapport des fruits et intérêts qu'il a perçus jusqu'au jour de l'ouverture de l'hérédité. La raison en est évidente, dit Pothier. C'est que l'enfant ne doit le rapport que de ce qui lui a été donné; et on ne lui a donné que l'héritage, il ne doit donc que le rapport de l'héritage (1). Comment Pothier a-t-il pu se contenter d'une aussi mauvaise raison? Les fruits n'appartiennent-ils pas au propriétaire à titre d'accessoire? Donner un fonds, c'est donc donner les fruits qu'il produit. Par conséquent celui qui doit rapporter un héritage devrait aussi rapporter les fruits qui en naissent. L'article 856 consacre une véritable exception. Cette exception, comme celle de l'article 852, est fondée sur la nature même du rapport. L'héritier rapporte ce qui sort du patrimoine du défunt et ce qui entre dans le sien; or, si la chose sujette à rapport ne lui avait pas été donnée, le défunt aurait perçu les fruits, et il est probable qu'il les aurait dépensés; donc en permettant à son héritier de percevoir les fruits, on ne peut pas dire qu'il diminue son patrimoine. Dès lors la base du rapport manque quant au donateur. Elle fait aussi défaut quant au donataire. Il ne s'enrichit pas puisqu'il dépense les revenus; s'il devait les rapporter, il s'appauvrirait, puisque, lors de l'ouverture de l'hérédité, il devrait prendre sur son capital ce qu'il a dépensé. Le seul avantage qu'une libéralité rapportable procure au donataire, c'est qu'il jouit des fruits, il faut donc que cette jouissance soit dispensée du rapport (2).

Il suit de là que la donation d'une chose sujette à rapport a réellement pour objet les fruits et intérêts qu'elle produit. Le donataire est de fait un usufruitier, il gagne les fruits par la perception quand ce sont des fruits naturels, et jour par jour si ce sont des fruits civils (art. 585, 586). Peu importe qu'il n'ait pas touché les intérêts, ils lui appartiennent par cela seul qu'ils sont échus, et ils échoient jour par jour. Dans l'ancien droit, cette question

(1) Pothier, *Des successions*, chap. IV, art. II, § III.
(2) Demante, t. III, p. 288, n° 191. Aubry et Rau sur Zachariæ, t. IV, p. 458, note 38.

était controversée, par suite de la diversité des coutumes. On a essayé d'introduire dans le code civil les distinctions que l'on faisait jadis. La cour de cassation a rejeté cette mauvaise interprétation : le texte de l'article 856 est formel, et l'esprit de la loi ne laisse aucun doute (1).

**629**. L'article 856 s'applique sans doute aucun aux rentes perpétuelles constituées sur un tiers; l'héritier ne doit pas les arrérages qu'il a perçus jusqu'à l'ouverture de l'hérédité, et il peut réclamer ceux qui étaient échus à cette époque; car les arrérages d'une rente sont des intérêts. Il y a une raison de douter quand la rente est viagère; on pourrait dire que, dans ce cas, le capital consiste dans les arrérages, et que par conséquent l'héritier doit les restituer, puisqu'il est tenu à rapporter le capital. Mais le code n'a pas consacré cette théorie : il considère les arrérages d'une rente viagère comme le produit de la rente; à ce titre, l'usufruitier les gagne, donc l'héritier n'en doit pas le rapport (art. 588). En est-il de même lorsque la rente est due par le défunt? La cour de Paris a jugé que l'héritier n'avait pas le droit de réclamer les arrérages non perçus pendant la vie du défunt, ces arrérages appartenant à la succession, d'après l'ancien droit. Cette décision a été cassée : elle est en opposition évidente avec les articles 588 et 856. Les arrérages sont des intérêts, et comme tels ils appartiennent à celui qui a droit aux fruits, donc à l'héritier qui est assimilé à l'usufruitier; peu importe qu'ils soient perçus ou non lors de l'ouverture de l'hérédité. Cette distinction était faite par quelques parlements; elle se fondait sur le texte de coutumes qui sont abrogées par la législation nouvelle (2). Nous signalons l'erreur parce qu'elle est assez commune. Il faut respecter la tradition et la consulter quand le code la maintient; mais il ne faut pas introduire dans le code la jurisprudence des parlements et les dispositions des coutumes, quand le texte et l'esprit du code les repoussent.

(1) Cassation, 31 mars 1818 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1220). Chabot, t. II, p. 482, n° 3 de l'article 856, suivi par tous les auteurs.

(2) Cassation, 31 mars 1818 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1219). Duranton, t. VII, p. 541, n° 370; p. 547, n° 372; p. 542, n° 371, suivi par tous les auteurs.

**630.** Les mêmes principes reçoivent leur application à l'usufruit. Aux termes de l'article 1568, « si un usufruit a été constitué en dot, le mari ou ses héritiers ne sont tenus, à la dissolution du mariage, que de restituer le droit d'usufruit, et non les fruits échus durant le mariage. » Il en est de même de l'héritier donataire, puisque, d'après l'article 856, il ne rapporte pas les fruits perçus pendant la vie du donateur. La question, bien que tranchée par un texte formel, a été portée devant les tribunaux ; il a suffi de citer les articles 856 et 1568 pour la décider (1).

Une question plus douteuse est de savoir si l'article 856 doit être appliqué lorsque les fruits ou intérêts constituent l'objet direct de la libéralité. Nous l'avons préjugée en enseignant que la pension ou l'usufruit donné à titre d'aliments n'était pas rapportable (n° 624). L'opinion commune est que l'on doit décider la même chose pour les donations de fruits, quoiqu'elles ne soient pas des dons d'aliments. On a cependant fait une objection très-sérieuse : l'article 856 est une exception et, comme tel, de rigoureuse interprétation ; or, il suppose que les fruits et intérêts sont l'accessoire de la chose donnée ; peut-on étendre cette disposition au cas où les fruits ou intérêts constituent la chose même qui fait l'objet de la donation? ne faut-il pas appliquer la règle, dès qu'on n'est pas dans les termes de l'exception? Il a été jugé que l'article 856 est applicable, parce que le motif sur lequel il se fonde s'applique indistinctement au cas où les fruits et intérêts constituent l'objet direct de la libéralité, comme à celui où ils sont l'accessoire de la chose donnée (2). Nous admettons le motif de décider, en lui donnant une autre forme qui répond mieux à l'objection. Il y a des exceptions que l'on peut appliquer par analogie, c'est quand elles sont elles-mêmes l'application d'un principe général. Or, telle est la dispo-

(1) Paris, 3 février 1838 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1221).

(2) Bastia, 21 novembre 1832 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1222) et Bordeaux, 10 février 1831 (Dalloz, *ibid.*, n° 1224). C'est l'opinion commune (Aubry et Rau sur Zachariæ, t. IV, p. 460, note 42, et les auteurs qui y sont cités), sauf le dissentiment de Duranton, t. VII, p. 554, n° 374.

sition de l'article 856. Pourquoi la loi déclare-t-elle que les fruits et les intérêts ne sont pas rapportables? est-ce parce qu'ils sont un accessoire de la chose donnée? Non, c'est à raison de la qualité de fruits ou d'intérêts : les fruits donnés ne diminuent pas le patrimoine du donateur, parce qu'il les aurait consommés : ils n'augmentent pas le patrimoine du donataire, parce que, perçus annuellement comme un revenu, ils sont aussi dépensés au fur et à mesure de leur échéance. La base du rapport fait donc défaut. Qu'importe après cela que les fruits soient ou non l'accessoire d'une chose donnée?

**631**. Aux termes de l'article 856, l'héritier donataire doit les fruits et les intérêts à compter du jour de l'ouverture de la succession. Il les rapporte en vertu de la loi, donc de plein droit et sans que les cohéritiers en doivent faire la demande. La raison en est bien simple. Les fruits et les intérêts, étant les accessoires de la chose donnée, appartiennent, à ce titre, au maître de la chose principale. Or, à partir de l'ouverture de l'hérédité, la donation est résolue, la chose donnée devient la propriété de la masse héréditaire (art. 864), donc les fruits appartiennent aussi à la succession. C'est l'application du principe élémentaire en vertu duquel les fruits appartiennent au propriétaire par droit d'accession (art. 547). Le même principe s'applique aux intérêts : une donation rapportée n'est qu'une donation de jouissance; dès la mort du défunt, l'héritier cesse de jouir, la jouissance passe à la succession; si l'héritier continue à jouir, il doit compte à ses cohéritiers des intérêts aussi bien que des fruits. Que si les fruits et les intérêts sont l'objet direct de la donation, le motif de décider est encore plus simple; la donation étant résolue à partir de l'ouverture de l'hérédité, les fruits et intérêts appartiennent de droit à la succession.

**632**. Le principe s'applique à la donation d'objets mobiliers; d'après l'article 868, le rapport du mobilier se fait en moins prenant, c'est-à-dire que l'héritier donataire est débiteur d'une somme d'argent; cette valeur appartient à la succession à compter du jour de l'ouverture de l'hérédité : si l'héritier continue à en jouir, il doit rapporter sa

jouissance en vertu de l'article 856 (1). Quant aux immeubles, ils se rapportent régulièrement en nature ; si l'héritier donataire perçoit les fruits à partir de l'ouverture de l'hérédité, il doit les restituer. Mais que faut-il décider si le rapport se fait en moins prenant? Il en est ainsi lorsque l'héritier donataire a aliéné l'immeuble, lorsque l'immeuble a péri par la faute du donataire, ou lorsqu'il y a dans la succession des immeubles dont on puisse faire des lots à peu près égaux pour les autres cohéritiers; il faut ajouter un quatrième cas, d'après la doctrine, lorsque le donateur a dispensé le donataire du rapport en nature. Dans ces divers cas, le rapport peut ou doit se faire en moins prenant, c'est-à-dire que l'héritier rapporte la valeur de l'immeuble, donc une somme d'argent : devra-t-il les intérêts de cette somme, ou les fruits de la chose donnée, bien entendu l'estimation des fruits? La question est controversée et il y a quelque doute ; les uns se prononcent pour le rapport des intérêts, les autres pour le rapport des fruits (2). Il nous semble qu'il faut distinguer. Quand l'héritier doit faire le rapport en moins prenant, on ne peut pas dire qu'il soit débiteur d'un immeuble, et par conséquent des fruits, il est débiteur d'une somme d'argent, donc il faut lui appliquer la règle qui régit le rapport du mobilier; il est tenu des intérêts. Il en est ainsi quand il fait périr la chose par sa faute : il ne peut pas dire qu'il est débiteur d'un immeuble, puisque par sa faute cette dette est transformée en une dette mobilière. A plus forte raison en serait-il ainsi si le défunt avait ordonné le rapport en moins prenant. Mais si l'héritier donataire a le droit de faire le rapport en moins prenant, et s'il choisit ce mode de rapport, il est réellement débiteur de l'immeuble, donc des fruits; il fera le rapport des fruits comme de la chose même, en moins prenant, c'est-à-dire de la valeur du capital et des fruits. La distinction que nous proposons

(1) Rejet, 30 décembre 1816 (Dalloz, au mot *Dispositions entre vifs*, n° 178). Cassation, 27 mars 1822; Agen, 10 juin et 23 novembre 1824 (*ibid.*, n° 1099). Comparez Chabot, t. II, p. 485, n° 4 de l'article 856.

(2) Lyon, 26 juin 1841 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1230) et Caen, 23 décembre 1848 (Dalloz, 1850, 2, 177). Comparez Demolombe, t. XVI, p. 561, n° 446.

est fondée en équité aussi bien qu'en droit. Lorsque l'héritier se met par son fait dans l'impossibilité de faire le rapport en nature, il prive ses cohéritiers du droit que ceux-ci ont d'avoir leur part dans les immeubles; les cohéritiers devant se contenter d'une somme d'argent, il est juste qu'ils profitent des intérêts, plus considérables que les fruits. Tandis que l'héritier qui choisit le rapport en moins prenant est débiteur d'un immeuble, il fait une dation en payement; or, la dation en payement ne peut pas dépasser le montant de la dette, et elle le dépasserait si, au lieu des fruits qui représentent 3 p. c. du capital, il devait payer un intérêt de 5 p. c.

**633**. Un père donne à l'un de ses enfants une somme d'argent, à l'autre un immeuble : le premier doit les intérêts à partir de l'ouverture de la succession, le second les fruits. Le tribunal peut-il décider que les intérêts se compenseront avec les fruits? Il a été décidé par la cour de cassation que l'article 856 n'impose aucune règle absolue au juge, et lui laisse dès lors la faculté de régler cette liquidation d'après les circonstances, en se conformant au principe, fondamental en cette matière, de l'égalité entre les copartageants (1). Il nous semble que cette décision est contraire au texte et à l'esprit de la loi. L'article 856 n'est rien moins que facultatif; celui qui rapporte un immeuble doit rapporter les fruits, et celui qui rapporte une somme d'argent doit le rapport des intérêts; si deux héritiers donataires, l'une d'une somme de cent mille francs, l'autre d'un immeuble de même valeur, doivent le rapport, le premier sera débiteur de cinq mille francs après un an, le second, de deux à trois mille. De quel droit le premier dirait-il au second : Ma dette de cinq mille francs se compense avec la vôtre de deux mille? Sans doute, il y aura là une inégalité entre les deux héritiers, mais elle est consacrée par la loi, et les principes ne laissent aucun doute. Les deux donations sont résolues à compter de l'ouverture de la succession. Donc la succession a droit à

(1) Rejet, 19 janvier 1852 et cassation, 24 février 1852 (Dalloz, 1852, 1, 44 et 45). Demolombe approuve (t. XVI, p. 564, n° 451 *bis*).

la jouissance du capital rapporté par l'un des héritiers et à l'immeuble rapporté par l'autre. Dire que ces deux rapports se compensent, bien qu'ils soient d'une valeur inégale, c'est admettre une dispense de rapport que la loi n'établit point. Or, le législateur seul a le droit de créer des exceptions; le juge ne peut pas déroger à la loi, en invoquant l'équité, ou le prétendu principe d'égalité qui domine la matière du rapport : l'égalité veut que chacun des héritiers rapporte ce qu'il a reçu.

## § VII. *Rapport des legs.*

**634**. L'article 843 dit que l'héritier ne peut réclamer les legs à lui faits par le défunt, à moins qu'ils ne lui aient été faits expressément par préciput. De là on conclut que les legs sans dispense de rapport ne produisent aucun effet; au moment même où ils s'ouvrent, ils doivent être rapportés. Cela est certain en ce qui concerne la valeur des legs. Mais faut-il conclure de l'article 843 que le legs devient caduc, en ce sens que le légataire doit laisser la chose léguée dans l'hérédité? Ou le légataire peut-il conserver la chose qui lui a été léguée et se borner à rapporter la valeur? Il faut d'abord écarter l'opinion qui enseigne que dans tous les cas l'héritier légataire peut conserver la chose léguée en faisant le rapport en moins prenant (1). Cette opinion n'a aucun appui dans le texte de la loi; que si l'on invoque l'intention du testateur, il faut aller plus loin et décider qu'il n'y a pas lieu à rapporter les legs, ce qui aboutit à se mettre en dehors de la loi. La vraie difficulté est celle-ci : doit-on appliquer au rapport des legs les principes qui régissent le rapport des donations? Si l'on admet ce principe, la question est décidée : l'héritier légataire sera admis à rapporter les choses léguées en moins prenant, dans les cas où le donataire peut le faire de cette manière (2). Mais le principe même est douteux. D'après le texte du code, il faut plutôt décider que les dis-

(1) Troplong, *Des donations*, t. II, n° 881.
(2) C'est l'opinion de Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, p. 500, n° 724, suivie par Demolombe, t. XVI, p. 374, III, n° 303.

positions concernant le mode de faire le rapport ne s'appliquent pas au rapport des legs. L'article 843 établit une différence radicale entre les deux rapports : le donataire ne peut *retenir* les dons à lui faits lorsqu'il n'est pas dispensé du rapport : le légataire ne peut *réclamer* les legs, à moins qu'ils ne soient faits par préciput. Donc le légataire ne *retient* pas la chose léguée : il peut seulement la réclamer s'il est préciputaire; ne l'est-il pas, il n'a rien à réclamer. Comment donc pourrait-il faire le rapport en moins prenant? Ce rapport se comprend quand l'héritier possède, il ne se conçoit plus quand il doit réclamer, et que la loi ne lui donne pas le droit de réclamer. Aussi les articles qui traitent du rapport en moins prenant ne parlent-ils que des donations (art. 859 et suiv.), tandis que les articles qui sont applicables aux dons et aux legs mentionnent les uns et les autres (art. 844, 845, 847, 849). Cela est aussi fondé en raison. Le legs fait au successible est résolu, dans la théorie du code, au moment même où il s'ouvre; dès lors le légataire ne peut plus exercer aucun droit. Pour pouvoir retenir, il devrait posséder, donc réclamer; il ne peut réclamer, donc il ne peut ni posséder ni retenir (1).

## § VIII. *Rapport des dettes.*

**635.** L'article 829 porte : « Chaque cohéritier fait le rapport à la masse, suivant les règles qui seront ci-après établies, des dons qui lui ont été faits et des sommes dont il est débiteur. » Il résulte de là que les dettes dont l'héritier est tenu envers le défunt sont assimilées aux libéralités qu'il en a reçues, et que le payement des dettes est régi par les mêmes principes que le rapport des donations. Quel est le motif de cette assimilation? L'article 829 est un principe traditionnel ; pour le justifier, on disait, dans l'ancien droit, que le père qui prête à son fils et qui n'exige

(1) C'est l'opinion commune. Massé et Vergé sur Zachariæ, t. II, p. 392, note 2, et les auteurs qu'ils citent. Il faut ajouter Taulier, t. III, p. 312.

pas de lui le payement de ce qui lui est dû, est présumé donner par anticipation de succession. Ce sont les expressions de Lebrun (1). Cette raison n'est pas bonne. Si le prêt est un avancement d'hoirie, il faut dire que c'est une donation indirecte, et par conséquent appliquer les règles qui concernent les donations. Or, on ne les applique pas; en effet, si l'héritier débiteur renonce, il doit payer sa dette, tandis que l'héritier donataire qui renonce peut retenir le don jusqu'à concurrence de la portion disponible. Donc le prêt constitue bien une dette, et notre question revient : Pourquoi assimile-t-on le payement d'une dette au rapport d'une libéralité? Quant aux relations des cohéritiers entre eux, l'assimilation se comprend. Il s'agit de partager la succession; dans la masse partageable sont comprises les créances, donc les dettes de l'héritier envers le défunt. L'héritier débiteur détient par conséquent une chose qui appartient à la masse; n'est-il pas naturel d'imputer ce qu'il doit sur la part qui lui revient dans l'hérédité? Ce qui revient à dire que ses cohéritiers prélèveront sur la masse une valeur égale à celle dont l'héritier débiteur est nanti. En ce sens l'article 830 dit que si le rapport n'est pas fait en nature, les cohéritiers à qui il est dû prélèvent une portion égale sur la masse de la succession (2). Mais ce motif ne concerne que les relations des cohéritiers entre eux. Faut-il appliquer le même principe lorsque les héritiers se trouvent en conflit avec des créanciers? Nous reviendrons sur la question. Avant tout, il faut voir ce qui se passe entre cohéritiers.

**636**. Si l'on s'en tenait à la lettre de l'article 829, il faudrait assimiler en tout le rapport des libéralités et le rapport des dettes. Cependant tous les auteurs admettent qu'il y a des différences qui résultent de la nature même des choses. Nous venons d'en signaler une. Si l'héritier renonce, il est censé n'avoir jamais été héritier (art. 785): il ne peut donc plus s'agir de payer sa dette par voie de rapport; il reste néanmoins débiteur de la succession,

(1) Lebrun, *Des successions*, livre III, chap. VI, sect. II, n° 2 (p. 479).
(2) Mourlon, *Répétitions*, t. II, p. 156. Demolombe, t. XVI, p. 567, n° 453.

puisqu'il ne peut invoquer aucune cause légale d'extinction. L'article 845 n'est donc pas applicable au rapport des dettes. L'article 857 ne l'est pas davantage. Puisque la dette de l'héritier fait partie de l'actif héréditaire, les créanciers de la succession ont droit et intérêt à en réclamer le payement : le rapport leur est donc dû des dettes, tandis qu'ils ne peuvent pas demander le rapport des donations (1). Sauf ces exceptions, on applique au rapport des dettes les principes qui régissent le rapport des libéralités.

**637**. On déduit de là la conséquence que les dettes à terme deviennent exigibles à l'ouverture de l'hérédité. En effet, dit-on, le rapport des donations se fait à ce moment; or, l'article 829 veut que les dettes se rapportent suivant les règles établies sur le rapport des libéralités : ce qui semble décider la question (2). Il y a cependant un motif de douter qui nous fait pencher vers l'opinion contraire. L'assimilation des dettes et des donations ne peut pas aller jusqu'à enlever un droit acquis au débiteur. Or, en stipulant un terme, le débiteur acquiert le droit de ne payer qu'à l'échéance du terme. Jusque-là il ne doit pas. De quel droit les héritiers le forceraient-ils à payer avant que le terme soit échu? Vainement dit-on que la dette se paye par voie de rapport. Le mode de payer une dette ne peut rien changer à la nature de la dette ni aux conditions stipulées par les parties contractantes. A toutes ces objections l'héritier débiteur peut se contenter de répondre : Qui a terme ne doit pas (3).

On décide aussi que les dettes de l'héritier portent intérêt de plein droit, par application de l'article 856 combiné avec l'article 829 (4). Cela nous paraît également douteux. A la vérité, si l'on ne tient compte que de la notion du rapport, on doit dire que la somme due par l'héritier fait partie de la succession à partir de l'ouverture de l'hérédité, que par conséquent l'héritier jouit d'une chose ap-

(1) Chabot, t. II, p. 377, n° 25 de l'article 843, suivi par tous les auteurs.
(2) Zachariæ, édition d'Aubry et Rau, t. IV, p. 435 et note 6. Demolombe, t. XVI, p. 574, n° 461, et les auteurs qui y sont cités.
(3) Comparez Marcadé, t. III, p. 214, n° II de l'article 829.
(4) Cassation, 2 février 1819 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1203). Zachariæ, t. IV, p. 435 et note 4; Demolombe, t. XVI, p. 576, n° 462.

partenant à la succession, ce qui rend applicable la disposition de l'article 856. Mais n'est-ce pas étendre trop loin l'assimilation des dons et des dettes? Cette assimilation peut-elle aller jusqu'à changer les conditions du contrat en aggravant la condition du débiteur? Que les dettes soient rapportables, soit, mais elles ne peuvent être sujettes à rapport que telles qu'elles existaient, la loi des contrats devant être respectée. On objecte que la créance fait partie de l'hérédité. Oui, mais telle que le défunt la possédait, les héritiers, en matière de dettes, ne pouvant jamais avoir plus de droit que leur auteur.

Nous prévoyons l'objection que l'on fera. Que devient, dans cette interprétation, l'article 829 qui applique aux dettes les *règles suivant lesquelles le rapport se fait?* A notre avis, l'article 829 entend appliquer au rapport des dettes les règles que les articles 858 et suivants établissent sur la manière de faire le rapport : question de liquidation des dettes. La place qu'occupe l'article 829 marque que telle est la pensée des auteurs du code. Ce n'est pas au chapitre des Rapports que la loi traite du rapport des dettes; le mot *dettes* ne s'y trouve pas. Le législateur en parle en traçant les règles sur la composition de la masse partageable; c'est donc uniquement à ce point de vue qu'il met sur la même ligne les dettes et les libéralités. Ainsi interprétée, la disposition de l'article 829 se concilie avec les principes généraux de droit. Les contrats d'où naissent les dettes sont maintenus en faveur de l'héritier débiteur, comme ils le sont en faveur de tous les autres débiteurs de l'hérédité. Seulement quand la dette est exigible, les héritiers peuvent demander que le payement s'en fasse en nature ou en moins prenant, conformément aux règles établies au chapitre des Rapports.

**638.** Il est incontestable que les héritiers peuvent imputer la dette sur la part de l'héritier débiteur et prélever une somme égale sur la masse de la succession; l'article 830, qui fait suite à l'article 829, le dit. Cette disposition est en harmonie avec les principes généraux qui régissent la liquidation des communautés (n° 635). On demande s'il en est de même à l'égard des créanciers. Dans

l'ancien droit, on admettait que les cohéritiers pouvaient se payer par voie d'imputation et de prélèvement, de sorte qu'ils étaient payés de préférence aux créanciers personnels de l'héritier. La même doctrine est encore enseignée sous l'empire du code civil. Elle nous paraît très-douteuse. Les articles 829 et 830 ne concernent que les relations des cohéritiers entre eux, la composition de la masse et le partage. Peut-on étendre aux créanciers des règles qui ont été établies dans l'intérêt des copartageants? Nous ne le croyons pas; les héritiers ne peuvent avoir plus de droits que leur auteur; le défunt, créancier du successible, était sur la même ligne que les autres créanciers de son débiteur, puisqu'on suppose qu'il était simplement créancier chirographaire. En vertu de quel principe les héritiers réclameraient-ils une préférence? Ce serait un privilége, et il n'y a pas de privilége sans loi. On prétend que cette préférence résulte des principes généraux de droit. Les héritiers, dit-on, ont un droit de copropriété sur la créance qui fait partie de la masse partageable; en vertu de ce droit, ils doivent l'emporter sur de simples créanciers personnels. Nous répondons que les cohéritiers ont une double qualité. Ils sont copropriétaires et, comme tels, ils ont droit au partage des biens communs. Ils sont aussi créanciers et, comme tels, ils sont sur la même ligne que les autres créanciers; ils ne peuvent pas opposer à ceux-ci leur droit de copropriété, puisque cette copropriété n'est pas en cause (1).

**639**. D'après une opinion assez généralement suivie, la dette de l'héritier se transforme lors de l'ouverture de l'hérédité. Jusqu'à ce moment, c'était une dette ordinaire, régie par les principes qui sont établis pour toutes les dettes. A partir de ce moment, une nouvelle obligation naît à charge de l'héritier débiteur au profit de ses cohéritiers; cette obligation est soumise à des règles spéciales, celles du rapport. Il résulte de là des conséquences très-importantes. La première concerne la prescription. La

(1) En sens contraire, Demolombe, t. XVI, p. 578, nº 464, et les auteurs qu'il cite.

prescription peut bien éteindre la dette de l'héritier à l'égard du défunt, mais elle n'éteint pas, dit-on, l'obligation du rapport. En effet, cette obligation ne s'ouvre que lors du décès du défunt, et elle subsiste aussi longtemps que la succession n'est pas partagée : ce qui exclut toute prescription. De sorte qu'une dette prescrite serait néanmoins sujette à rapport. Cette doctrine a été consacrée par un arrêt de la cour de Paris (1). Nous ne saurions l'accepter. Elle confond le rapport des donations et celui des dettes. Pour les donations, il ne peut être question de prescription; en effet, le donateur n'a aucune action contre le donataire, la seule obligation de celui-ci consiste à rapporter à ses cohéritiers la chose donnée; cette obligation ne prend naissance que lors de l'ouverture de l'hérédité, et elle ne se prescrit qu'avec l'action en partage, dont elle est une dépendance (n° 590). Il en est tout autrement des dettes de l'héritier : celui-ci doit, à la vérité, les rapporter, mais à une condition, c'est qu'il y ait encore une dette au moment où le rapport se fait. Or, la prescription éteint la dette, par suite l'héritier n'est plus débiteur : en vertu de quel principe l'obligerait-on à rapporter ce qu'il ne doit pas (2)?

Il y a un arrêt de la cour de Grenoble dans le sens de notre opinion : il donne lieu à une nouvelle difficulté. La cour a jugé que la prescription continue à courir, en faveur de l'héritier débiteur, après l'ouverture de l'hérédité (3). Cela est douteux. Lorsque la dette n'est pas prescrite quand la succession s'ouvre, le rapport en doit être fait à ce moment; dès lors la créance fait partie de la masse partageable; elle est par conséquent soumise aux règles du rapport, aussi bien que les donations; c'est dire que la prescription du rapport se confond avec celle de l'action en partage. En ce sens, on peut admettre qu'une nouvelle obligation prend naissance, celle du rapport, et par con-

(1) Paris, 6 mai 1846 (Dalloz, 1846, 2, 133). Comparez Devilleneuve, 1846, 2, 226); Demolombe, t. XVI, p. 583, n° 467.

(2) Massé et Vergé sur Zachariæ (t. II, p. 403 et suiv., note 12) combattent la doctrine de Devilleneuve qui n'est fondée que sur des subtilités.

(3) Grenoble, 14 août 1845 (Dalloz, 1846, 2, 135).

séquent une nouvelle prescription (1). Cela n'empêche pas le débiteur d'invoquer la prescription pour les intérêts échus, conformément à l'article 2277, qui établit une prescription spéciale en faveur du débiteur. Vainement dirait-on que le défunt, en n'exigeant pas les intérêts, a fait une libéralité à son héritier, et que cette libéralité, comme toute autre, doit être rapportée. Notre réponse est toujours la même, et elle nous semble péremptoire : l'héritier n'est obligé de rapporter, à titre de débiteur, que ce qu'il doit, et il ne doit pas les intérêts qui sont prescrits (2).

Notre conclusion est que l'obligation du rapport, qui prend naissance lors de l'ouverture de l'hérédité, ne change rien à la nature de la dette, car c'est une dette qui doit être rapportée. Si donc la dette était hypothécaire ou garantie par un cautionnement, les cohéritiers jouiraient de ces sûretés; non pas, comme on l'a dit, qu'ils aient le choix de demander le rapport de la dette, ou de dispenser du rapport, en s'en tenant au titre primitif (3); la loi ne dit pas cela, elle veut que la dette soit rapportée, mais c'est la dette telle qu'elle existait en faveur du défunt, d'où sait que les cohéritiers ont toutes les garanties accessoires qui en assurent le payement.

**640.** Lorsque la dette de l'héritier est éteinte par une cause quelconque qui, d'après la loi, opère l'extinction des dettes, il ne peut plus s'agir d'en faire le rapport en tant que dette, puisque la dette n'existe plus. Nous disons en tant que dette; il y a en effet un mode d'extinction qui constitue une libéralité : la remise gratuite de la dette est une donation indirecte, et rapportable comme telle (n° 611). Que faut-il décider si la dette a été remise partiellement au débiteur failli par un concordat? La question est très-controversée. Nous croyons que la divergence d'opinions tient à la confusion des dettes et des donations, confusion que l'on rencontre à chaque pas en cette matière. S'agit-il

(1) C'est l'opinion de Massé et Vergé et de Demolombe (voyez notes 1 et 2 de la page 711).
(2) Douai, 26 janvier 1861 (Dalloz, 1861, 2, 235).
(3) Demante, t. III, p. 279, n° 187 *bis* X, suivi par Demolombe, t. XVI, p. 582, n° 466.

d'une dette, il ne peut guère y avoir de doute. Le créancier a consenti, volontairement ou forcément, peu importe, à une réduction de sa créance; il n'a plus d'action contre son débiteur que pour la créance réduite; donc le débiteur ne doit plus ce qui lui a été remis, il ne peut donc pas être tenu au rapport comme débiteur. Il n'y est pas tenu non plus comme donataire, car la remise faite à un débiteur insolvable n'est pas une libéralité; si les créanciers la consentent, c'est malgré eux et dans leur propre intérêt. Puisqu'il n'y a ni dette ni donation, il ne peut être question de rapport. Vainement dirait-on que l'insolvabilité de l'héritier débiteur ne peut pas nuire à ses cohéritiers, que s'il est libéré de sa dette, il n'est pas libéré de l'obligation du rapport (1), qu'il n'y a de libéré que le débiteur, que l'héritier reste tenu. Notre réponse est toujours la même. L'héritier, dans l'espèce, n'est pas donataire; s'il doit le rapport, c'est uniquement parce qu'il était débiteur envers le défunt; or, par suite du concordat, sa dette est éteinte jusqu'à concurrence de la remise qui lui a été faite; il ne doit donc le rapport que de la dette réduite.

Il en serait autrement si la dette était une libéralité indirecte; l'héritier serait tenu alors comme donataire; or, le donataire ne peut pas se prévaloir de la remise qui a été accordée au débiteur. Le donateur n'a aucune action contre le donataire, il n'est pas créancier, il ne peut donc pas se présenter au concordat. Alors même qu'il s'y présenterait et qu'il le signerait, le prétendu débiteur n'en resterait pas moins donataire, et tenu, comme tel, de rapporter tout ce qu'il a reçu. La difficulté est seulement de savoir quand il y a donation indirecte et quand il y a dette. Il faut appliquer les principes qui régissent les donations indirectes (n^os^ 607 et suiv.). Tout dépend de l'intention que le défunt a eue en contractant avec son héritier. A-t-il agi comme créancier, il y aura dette, et la remise partielle profitera au débiteur. A-t-il voulu lui faire une libéralité, il n'y aura pas dette, donc pas de remise. En droit,

(1) Paris, 11 janvier 1843 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1152), et 3 février 1848 (Dalloz, 1848, 2, 63).

la distinction nous paraît incontestable (1). En fait, la difficulté peut être grande : c'est au juge à décider d'après les circonstances de la cause. Il y a une opinion très-répandue, qui admet que le prêt gratuit est une libéralité, et rapportable comme telle pour le tout, malgré la réduction consentie par le prêteur (2). Cela n'est-il pas trop absolu? Le prêt sans intérêt n'est une libéralité que pour les intérêts, et la donation qui a pour objet des intérêts n'est pas rapportable (n° 630). Quant au capital, le prêt n'est pas une libéralité, si l'intention du prêteur est d'en exiger le remboursement : il est, dans ce cas, créancier, et s'il consent une remise au débiteur failli, celui-ci ne sera tenu de rapporter que la dette réduite, car il fait le rapport comme débiteur. Mais le prêt gratuit fait par un père à son fils sera très-souvent une libéralité même pour le capital : c'est donc une question de fait qui est nécessairement abandonnée à l'appréciation du juge.

La distinction que nous établissons entre les donations et les dettes est consacrée par la cour de cassation. Elle a jugé qu'un prêt fait par une mère à son fils à 6 p. c., sans qu'il y eût la moindre intention de libéralité, constitue une dette; d'où la cour a conclu que la remise de 82 p. c., accordée au débiteur, pouvait être invoquée par lui contre ses cohéritiers (3). Mais si, dit un autre arrêt, le prêt avait pour objet, dans le principe, un avantage indirect, il faudrait appliquer les principes qui régissent les libéralités et décider, par conséquent, que la créance entière doit être rapportée, malgré la remise accordée par un concordat (4). La cour a appliqué ce principe dans une espèce qui n'était guère douteuse. Un père, en se portant caution de son fils, stipule que s'il est obligé de payer la dette, la somme sera imputée sur sa succession comme

(1) Elle est nettement établie par Massé et Vergé sur Zachariæ, t. II, p. 412, note 9. Comparez Demante, t. III, p. 280, n° 187 *bis* XII ; Demolombe, t. XVI, p. 477, C, n° 384.

(2) Cette opinion remonte à Pothier, *Des successions*, chap. IV, art. II, § II.

(3) Rejet, 22 août 1843 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1150). Comparez cassation, 1er juin 1847 (Dalloz, 1847, 1, 175).

(4) Rejet, 2 janvier 1850 (Dalloz, 1854, 5, 629).

avancement d'hoirie. Cette déclaration imprimait au contrat le caractère de libéralité, et par suite le fils devait rapporter tout ce que le père avait payé pour lui. Cet arrêt établit nettement la distinction entre les prêts qui constituent un contrat à titre onéreux et produisent une dette à charge du successible, et les prêts qui sont un contrat de bienfaisance et soumettent le donataire au rapport intégral de la libéralité (1).

Il y a des arrêts qui déclarent rapportables en entier, et malgré la remise, les prêts faits avec stipulation d'intérêt; ils invoquent les circonstances de la cause, d'où résulte que le prêt a été fait dans l'intérêt de l'emprunteur(2). Ces décisions impliquent contradiction, nous semble-t-il. Par cela seul que l'emprunteur est obligé de payer l'intérêt, le contrat est à titre onéreux, et un contrat à titre onéreux ne saurait être un contrat de bienfaisance. Peu importe que le prêt soit fait dans l'intérêt de l'emprunteur; une vente aussi peut être faite pour rendre service à l'acheteur; dira-t-on que cette vente est une donation, bien que le vendeur touche le prix? Il y a dans ces arrêts une réminiscence de la doctrine des anciens auteurs qui considéraient le prêt comme une libéralité : mais dans l'ancien droit, le prêt était gratuit de son essence, et dans ces termes il pouvait facilement cacher une donation.

**641**. Nous avons supposé jusqu'ici que les règles concernant le rapport des dettes s'appliquent à toute espèce d'obligations que l'héritier a contractées envers le défunt. La question est controversée; le doute remonte à l'ancien droit. Pothier et tous les anciens auteurs supposent toujours que la dette est un prêt, et par conséquent un contrat gratuit de bienfaisance; or, l'article 829 ne fait que consacrer la tradition : ne doit-on pas l'interpréter dans le sens de la doctrine qu'il reproduit? Le texte de la loi répond à l'objection. Pothier ne parle que d'un prêt, tandis que l'article 829 parle des dettes, sans distinction aucune. Ce qui a conduit les auteurs récents à distinguer et à

(1) Rejet du 17 avril 1850 (Dalloz, 1850, 1, 107).
(2) Paris, 21 décembre 1843 et 13 août 1839 (Dalloz, au mot *Succession*, n[os] 1153 et 1210).

restreindre aux prêts l'obligation du rapport, c'est que les prêts ont un caractère de libéralité qui permet de les assimiler aux donations; tandis qu'il n'y a aucun motif pour assujettir aux règles du rapport les dettes qui naissent d'une vente, d'un bail ou de tout autre contrat à titre onéreux.

Nous avons fait droit à ce qu'il y a de fondé dans cette objection, en limitant l'application de l'article 829 aux règles qui concernent la manière de faire le rapport. L'opinion contraire s'appuie sur l'article 853, aux termes duquel le rapport n'est pas dû des profits que l'héritier retire des conventions faites sans fraude avec le défunt; ce qui implique que l'article 853 déroge à l'article 829. Cette objection confond le rapport des donations indirectes dont parle l'article 853 avec le rapport des dettes dont il est question dans l'article 829 : comment une disposition étrangère aux dettes pourrait-elle déroger à une disposition relative aux dettes? Un contrat à titre onéreux produit-il une dette à charge de l'héritier, il en doit le rapport, en vertu de l'article 829; en résulte-t-il un profit pour l'héritier, il ne doit pas le rapporter, dit l'article 853, à moins que le défunt n'ait voulu faire un avantage indirect à son successible. Il n'y a rien de commun entre ces deux articles qui statuent sur des objets différents (1).

L'on ne se contente pas de cette distinction. S'agit-il d'une dette autre qu'un prêt gratuit, on distingue si elle est exigible ou non; on applique l'article 829 aux dettes exigibles, on ne l'applique pas aux dettes qui ne sont pas exigibles; pour celles-ci, on décide que l'héritier continue à jouir du bénéfice du terme, qu'il ne doit pas les intérêts de plein droit, et que les autres héritiers ne pourront exercer aucun prélèvement sur la masse. On ne donne aucun motif de cette distinction. Elle consacre une exception à la disposition générale de l'article 829, ce qui suffit pour la rejeter, car il n'appartient pas à l'interprète de créer des exceptions. A vrai dire, on fait une loi nouvelle en

(1) Demante, t. III, p. 277, n° 187 *bis* VII, suivi par Demolombe, t. XVI, p. 587, n° 470.

établissant des distinctions et des sous-distinctions que le code ignore. Ainsi, après avoir refusé aux cohéritiers le droit de prélèvement, on ajoute que s'il y a danger d'insolvabilité, ils peuvent demander au débiteur des sûretés pour le payement de sa dette. Le législateur peut imposer des obligations ; l'interprète n'a pas ce droit-là (1).

S'agit-il de dettes que l'héritier avait contractées envers un tiers et dont le défunt était devenu cessionnaire ou héritier, les auteurs ne sont plus d'accord ; les uns maintiennent l'article 829, les autres étendent à ce cas la disposition de l'article 853, en faisant dire à cet article ce qu'évidemment il ne dit pas (2). Restent les dettes provenant d'un quasi-contrat, d'un délit ou d'un quasi-délit, auxquelles certes on n'appliquait pas les règles du rapport dans l'ancien droit ; on les déclare néanmoins rapportables en vertu de l'article 829 (3). Ainsi tantôt on restreint cette disposition en prenant appui sur l'ancienne jurisprudence, tantôt on l'applique dans sa généralité, sans tenir compte des motifs pour lesquels on avait étendu aux dettes l'obligation du rapport. C'est l'arbitraire en plein. Il faut s'en tenir au texte, sauf à l'interpréter raisonnablement.

**642**. Il y a encore une difficulté dans cette difficile matière. Si elle est devenue difficile, c'est que les interprètes se sont écartés du texte et de l'esprit de la loi. Un héritier perçoit des fruits de biens héréditaires, il touche des intérêts dus à la succession, il commet des dégradations ; de tous ces chefs il est tenu à rendre compte à ses cohéritiers : les prestations qu'il doit sont-elles régies par les principes du rapport, ou constituent-elles une dette ordinaire ? A première vue, on croirait que le texte décide la question : l'article 829 dit en termes généraux que chaque cohéritier fait rapport à la masse *des sommes dont il est débiteur*. La loi ne distingue pas d'où dérive la dette, il suffit que l'héritier doive une somme pour qu'il soit tenu de la rapporter, conformément aux règles établies sur la

(1) En sens contraire, Demolombe, t. XVI, p. 585 et suiv., nos 471 et 472.
(2) Demante, t. III, p. 278, n° 187 *bis* VIII. En sens contraire, Demolombe, t. XVI, p. 587, n° 473.
(3) Demolombe, t. XVI, p. 588, n° 474.

manière de faire le rapport. Si l'on restreint l'article 829, comme nous l'avons fait (n° 637), il n'y a aucun inconvénient à y comprendre les dettes des successibles, que ce soient des dettes envers le défunt ou des dettes envers la succession. Il ne s'agit, dans notre opinion, que d'une liquidation, pour établir la masse partageable; or, les dettes envers la succession doivent être liquidées aussi bien que les dettes envers le défunt. Mais on va plus loin, on veut que les prestations dues par un héritier à ses cohéritiers soient soumises à toutes les règles du rapport, en vertu de l'article 829 (1). Cela est plus que douteux, à notre avis. On se prévaut tant de la tradition dans tous ces débats, et ici on la laisse de côté. Les anciens auteurs parlent-ils de dettes nées après l'ouverture de l'hérédité? Non, certes, et pour une excellente raison. On conçoit l'assimilation des dettes et des donations, parce que les unes et les autres procèdent du défunt, et l'on peut dire que le défunt a voulu maintenir l'égalité entre ses héritiers, pour les dettes aussi bien que pour les donations. Mais quand il s'agit de dettes contractées après l'ouverture de la succession par un héritier à l'égard de ses cohéritiers, l'égalité est hors de cause, l'assimilation de ces dettes à des libéralités devient un non-sens. Il faut donc laisser là les règles du rapport et appliquer les principes qui régissent les dettes, en tenant compte du caractère particulier de ces prestations : elles naissent de l'usage qu'un héritier fait d'un bien appartenant à l'hérédité, et elles doivent être liquidées pour la formation de la masse partageable. De là découlent des conséquences importantes.

Qu'elles soient immédiatement exigibles, cela va sans dire; c'est le droit commun, tout débiteur devant payer sa dette de suite, lorsqu'il ne jouit pas d'un terme. Ces prestations portent-elles intérêt de plein droit? En vertu de l'article 856, non, puisqu'il ne s'agit pas de libéralités rapportables. Est-ce à dire qu'il faille une demande judiciaire pour faire courir les intérêts? Nous avons déjà dit

(1) Voyez les autorités citées par Demolombe, t. XVI, p. 594, n° 475, et par Dalloz, au mot *Succession*, n° 1235.

que les héritiers entre eux ne sont ni créanciers ni débiteurs (nos 220, 221) : celui qui use d'une propriété commune doit compte aux autres communistes de ce qu'il a retiré de cette jouissance; il devra donc les intérêts s'il en a profité, ou s'il a empêché la masse d'en profiter. Les prestations dont il s'agit donnent-elles aux cohéritiers le droit d'imputer la dette sur la part de l'héritier qui les doit, et de faire des prélèvements sur la masse? Entre eux, oui, puisque c'est le droit commun en fait de liquidation d'une communauté. Ont-ils de ce chef une préférence à l'égard des créanciers? Dans notre opinion, là question n'en est pas une; nous n'admettons pas même cette préférence pour les dettes que l'héritier avait contractées à l'égard du défunt; à plus forte raison devons-nous la rejeter pour les prestations purement personnelles dont il ne peut naître que des dettes personnelles (1).

La jurisprudence est divisée sur ces questions comme la doctrine. Quant aux relations des héritiers entre eux, il n'y a guère de difficulté : les arrêts sont d'accord avec l'opinion que nous avons enseignée, sauf en ce qui concerne les motifs de décider. Il a été jugé que l'héritier qui jouit au delà de sa part héréditaire doit restituer les fruits qu'il a perçus indûment; la cour invoque le principe d'après lequel les fruits accroissent l'hérédité (2). Ce principe est, au fond, le nôtre. La cour de cassation applique les règles du rapport. Elle a décidé que l'héritier qui reste en possession du mobilier de l'hérédité doit compte de cette jouissance à ses cohéritiers, c'est-à-dire qu'il est tenu de payer l'intérêt de la somme à laquelle s'élève la valeur du mobilier : elle se fonde sur l'article 856, à tort, selon nous, car cette disposition ne s'applique qu'aux fruits et intérêts des choses sujettes à rapport, et les prestations entre cohéritiers, dues à raison de faits postérieurs à l'ouverture de l'hérédité, ne peuvent être assimilées à un rapport (3). L'héritier, débiteur de ces prestations, doit, en principe,

(1) Comparez Vazeille, *Des successions*, t. I, p. 294, n° 3 de l'article 830. Grenier, *Des hypothèques*, t. I, n° 159.

(2) Bordeaux, 30 mars 1834 (Dalloz, au mot *Dispositions entre vifs*, n° 287).

(3) Cassation du 15 février 1865 (Dalloz, 1865, 1, 430).

faire la restitution en argent ; c'est seulement quand il ne veut ou ne peut pas payer ce qu'il doit qu'il y a lieu à l'imputation de la dette sur sa part héréditaire, et à un prélèvement en faveur de ses cohéritiers. Par application de ce principe, il a été jugé qu'il doit être accordé un délai moral à l'héritier pour faire la restitution en argent, et que ses créanciers peuvent offrir de rembourser la valeur des fruits dont il doit compte, afin d'éviter la restitution en biens héréditaires (1).

Sur tous ces points, il n'y a aucun doute. La vraie difficulté consiste à savoir si les héritiers peuvent, par voie d'imputation et de prélèvement, se payer de préférence aux créanciers de l'héritier débiteur des prestations. La cour de cassation s'est prononcée à plusieurs reprises pour l'affirmative. Par un premier arrêt, elle a décidé que les fruits accroissent à la succession; que si l'héritier qui les a perçus ne peut en faire le rapport, ni en nature, ni en argent, il est tenu de prendre moins; que par suite la part des autres héritiers dans les fruits est prise et prélevée sur sa portion dans les biens meubles et immeubles de la succession. Cela ne fait aucun doute tant que les héritiers ne sont pas en conflit avec les créanciers. Dans l'espèce, l'héritier débiteur était insolvable; la cour maintint néanmoins contre les créanciers le droit des cohéritiers d'être remplis de leur part aux fruits sur la portion héréditaire de l'héritier tenu au rapport. Elle invoque les articles 828-831 qui ne parlent que de la liquidation de la succession, c'est-à-dire des relations des copartageants entre eux, et l'article 856 qui est étranger à la matière. En réalité, la question devait être décidée d'après l'ancien droit, le défunt étant mort en 1777, en pays de droit écrit : c'est l'autorité de l'ancien droit qui entraîna la cour (2). Un arrêt de rejet va plus loin : du principe romain que les fruits accroissent à l'hérédité, il conclut que jusqu'au par-

(1) Toulouse, 25 juillet 1828 et 2 mai 1825 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1238, 1° et 2°).

(2) Cassation, 24 février 1829 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1235). Comparez Aubry et Rau sur Zachariæ, t. IV, p. 392, note 24, et les autorités qui y sont citées.

tage les héritiers auxquels des restitutions de fruits sont dues ont sur tous les biens de l'hérédité un droit réel pour leur part dans les fruits, et que les immeubles qui sont abandonnés à l'héritier comptable par un partage provisionnel, ne passent dans ses mains que grevés de cette charge de restitution (1). Qu'est-ce que ce droit réel? La cour ne le dit pas; les auteurs qui se rangent à son avis l'appellent un privilége; en effet, un droit de préférence que l'on oppose aux créanciers ne peut être qu'un privilége (2). Naît alors la question de savoir s'il peut y avoir un privilége sans loi.

La cour de Grenoble avait d'avance répondu à l'argumentation de la cour de cassation. Elle écarte, et avec raison, les lois romaines et la jurisprudence des parlements, la question devant être décidée par les dispositions du code civil. Une simple restitution de fruits donne-t-elle lieu, au profit des cohéritiers, à une action réelle? Telle est la question. Considérée en elle-même, l'action en restitution de fruits est certainement personnelle, c'est même le nom qu'elle porte, puisqu'elle fait partie des prestations personnelles que les cohéritiers se doivent, et qui donnent lieu entre eux à des comptes et à des fournissements, c'est-à-dire à un payement en deniers. Est-ce que les copartageants ont pour la garantie de cette créance un droit réel, un privilége quelconque? Il faudrait pour cela un texte, car la loi seule règle les droits de préférence qui existent entre créanciers (3).

Les cours d'appel ont longtemps résisté à la doctrine consacrée par la cour suprême; elle a persisté dans sa jurisprudence, en cassant les décisions contraires. Dans le dernier arrêt qu'elle a rendu, elle accorde décidément un privilége aux cohéritiers pour la restitution des fruits qui leur est due (4). La cour ne confond-elle pas le droit réel de copropriété qui appartient aux héritiers, et que per-

(1) Rejet, 4 août 1830 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1240).
(2) Troplong, *Des hypothèques*, t. I, n° 239, 4°; Dutruc, *Du partage*, n° 429 *bis*, p. 421.
(3) Grenoble, 21 juillet 1826 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1239).
(4) Cassation du 18 décembre 1839 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1236). Comparez Agen, 27 août 1856 (Dalloz, 1856, 2, 298).

sonne ne conteste, avec un droit réel de préférence pour l'exercice de leur action en restitution? Le droit de copropriété n'a d'effet qu'entre copartageants; il ne donne pas aux héritiers un privilége à l'égard des créanciers. Le législateur aurait pu leur donner un droit de préférence; peut-être aurait-il dû l'accorder, car les fruits, quand il s'agit d'une restitution de fruits, appartiennent réellement aux héritiers; l'équité veut donc qu'ils en profitent de préférence aux créanciers. Mais l'équité ne suffit pas pour créer un privilége, le législateur seul a ce droit.

# TABLE DES MATIÈRES.

## TITRE II. — Des successions (suite).

### CHAPITRE IX. — Obligations de l'héritier.

#### Section I. — *Principes généraux.*



#### Section II. — *De la séparation des patrimoines.*

##### § Ier. *Qui peut demander la séparation.*



##### § II. *Contre qui la séparation peut-elle ou doit-elle être demandée?*

N° 3. Effet de la séparation à l'égard de l'héritier.



I. *Droits de l'héritier.*



II. *Obligations de l'héritier.*



SECTION III. — *Du bénéfice d'inventaire.*

§ I^er. *De la séparation des patrimoines qui résulte du bénéfice d'inventaire.*

N° 1. Principe.



N° 2. Conséquences du principe.

### § II. *Droits et obligations de l'héritier bénéficiaire.*

N° 1. Comment il est tenu des dettes.



N° 2. Il n'y a pas de confusion des patrimoines.



### § III. *Administration.*



N° 1. De l'abandon des biens aux créanciers.



N° 2. L'héritier bénéficiaire peut-il renoncer?

V. *Étendue du pouvoir d'administration.*



VI. *Liquidation.*

1. Recouvrement des créances.



2. Vente des biens.

a) *Vente des meubles.*



b) *Vente des immeubles.*



N° 4. Payement des créanciers et légataires.

I. *Règles générales.*



II. *Des créanciers hypothécaires.*



III. *Des créanciers chirographaires.*

1. S'il y a des oppositions.

Section IV. — *Des successions vacantes.*

§ Ier. *Quand les successions sont-elles vacantes?*

N° 1. Conditions.



N° 2. Des successions en déshérence et des successions vacantes.



§ II. *Conséquences de la vacance de l'hérédité.*

N° 1. Nomination d'un curateur.



N° 2. Obligations du curateur.



N° 3. Administration.

I. *Droits du curateur.*



II. *Droits des créanciers.*



III. *Compte.*

CHAPITRE X. — Droits et obligations des héritiers entre eux.

Section I. — *Du partage.*



§ Ier. *De l'indivision.*

No 1. Droits des héritiers pendant l'indivision.



No 2. Obligations des héritiers pendant l'indivision.



No 3. De l'héritier administrateur.



No 4. Fin de l'indivision.

I. *Principe de l'article* 815.

### N° 2. Du partage judiciaire.

#### I. *Règles générales.*



#### II. *Formalités préliminaires.*



#### III. *Estimation des biens.*



#### IV. *Vente des biens.*



#### V. *Formation de la masse partageable.*



#### VI. *Composition des lots.*

VII. *Homologation du partage.*



N° 3. Du retrait successoral.

I. *Qu'est-ce que le retrait?*



II. *Contre qui le retrait peut-il être exercé?*



III. *Qui peut exercer le retrait?*

IV. *Quelles cessions donnent lieu au retrait?*



V. *De l'action en retrait.*



VI. *Conditions du retrait.*



VII. *Effets du retrait.*



§ V. *Effets du partage.*

N° 1. Effet du partage quant à la propriété.

I. *Du principe établi par l'article* 883.

*a) De la cession de droits successifs.*



*b) De la cession de droits indivis dans des immeubles héréditaires.*



IV. *Limites du principe.*



Nº 2. De la garantie des lots.

I. *Dans quels cas elle est due.*



II. *Effet de la garantie.*

III. *Quand la garantie cesse.*



§ VI. *De la résolution et de la rescision du partage.*

N° 1. De la résolution.



N° 2. Des partages inexistants.



N° 3. De la nullité des partages.

I. *De l'incapacité.*



II. *De la violence et du dol*

II. *De l'erreur.*



N° 4. De la rescision pour cause de lésion.

I. *Principe.*



II. *A quels actes s'applique la rescision.*

1. Principe de l'article 888.



2. Application du principe à la transaction.



3. Exception de l'article 889.



5. De l'action en nullité ou en rescision.

I. *Principes généraux.*

**FIN DU TOME DIXIÈME.**